

DAISY CLER FILLA DE OLIVEIRA

***FACTORING* - FOMENTO MERCANTIL E DIREITO DE REGRESSO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Edson Isfer

CURITIBA

2003

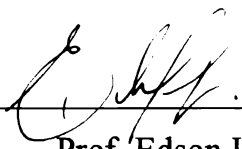
TERMO DE APROVAÇÃO

DAISY CLER FILLA DE OLIVEIRA

FACTORING - FOMENTO MERCANTIL E DIREITO DE REGRESSO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Presidente e Orientador:



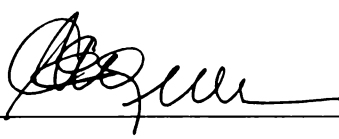
Prof. Edson Isfer

2º Examinador:



Profª. Márcia Carla Pereira Ribeiro

3º Examinador:



Prof. Carlos Eduardo M. Hapner

Curitiba, 03 de novembro de 2003

A Deus, que em cada um de nós acredita,
sem o qual nada disso seria possível.

Aos meus pais, Cecília e Gilmar, que no
transcurso desta jornada, sempre estiveram
ao meu lado, que nos momentos de alegria,
como nos de tristeza, dedicaram-me seu
amor, incentivo e apoio, fornecendo-me a
força necessária para prosseguir lutando.

Ao Prof. Edson Isfer, pelo amor com que
leciona e orientação que sempre dedica aos
seus alunos.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 NOÇÕES GERAIS SOBRE FOMENTO MERCANTIL.....	4
2.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO <i>FACTORING</i>	4
2.2 CONCEITO DE <i>FACTORING</i>	6
2.3 <i>FACTORING</i> E INSTITUTOS AFINS.....	9
2.3.1 Cessão de Crédito.....	9
2.3.2 Mútuo.....	11
2.3.3 Desconto Bancário.....	12
2.3.4 Abertura de Crédito.....	14
2.3.5 Seguro de Crédito.....	14
2.4 PRINCIPAIS MODALIDADES DE COMPRA DE FATURAMENTO.....	15
2.4.1 Convencional Factoring.....	16
2.4.2 Maturity Factoring.....	17
2.4.3 Importação-Exportação.....	19
2.4.4 <i>Trustee</i>	20
2.4.5 Matéria-prima.....	21
3 REGULAMENTAÇÃO DO CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL E INSTITUTOS UTILIZADOS.....	23
3.1 CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL.....	23
3.1.1 Princípios Gerais que Orientam o Contrato de Factoring.....	24
3.1.2 Sujeitos da Relação Contratual, seus Direitos e suas Obrigações.....	26
3.1.3 Características e Objeto do Contrato.....	28
3.1.4 Remuneração.....	33
3.2 INSTITUTOS LEGAIS UTILIZADOS NO CONTRATO DE <i>FACTORING</i>	35
3.2.1 Cessão de Crédito e Prestação de Serviços.....	35
3.2.2 Endosso.....	38
3.2.3 Duplicata.....	43
3.2.4 Cheques.....	48
4 FACTORING NO BRASIL E DIREITO DE REGRESSO.....	53
4.1 A REGULAMENTAÇÃO DA <i>FACTORING</i> NO BRASIL.....	53
4.1.2 Factoring – Parcerias e Benefícios.....	59
4.2 DIREITO DE REGRESSO.....	61
5 CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

RESUMO

O presente trabalho tem início com uma análise da evolução histórica do *factoring*, assim como do conceito atual deste instituto, o qual modernamente tende a ser exposto de forma bastante ampla, objetivando atender aos anseios do mercado. Depois passa-se a uma exposição dos institutos, sejam estes civis ou comerciais, que se assemelham à atividade de fomento mercantil - *factoring* - mas que com ela não devem ser confundidos. Segue-se verificando as modalidades de *factoring* existentes no mercado brasileiro, assim como as características de cada modalidade, observando-se quais são os serviços que podem por elas ser prestados e que tipos de recursos antecipam às suas empresas-clientes. Posteriormente estuda-se quais são os institutos utilizados para a concreção do contrato de *factoring*, analisando-se o arcabouço legal existente no direito em vigor que atinge esta atividade, uma vez que não existe lei específica que a regulamente, destacando-se que o fomento mercantil deve ser realizado de acordo com os princípios gerais do direito e em conformidade com a ordem pública. Segue-se verificando quais são os títulos de crédito que podem ser objeto de cessão nos contratos de *factoring* e como se procede à transferência destes direitos creditórios. Apresenta-se, também, uma evolução dos dispositivos que atuam sobre o *factoring* no Brasil, assim como o atual arcabouço legal que o regulamenta. Demonstra-se a tentativa do Banco Central do Brasil de controlar esta atividade de fomento mercantil no início da evolução do *factoring* nacional, como também se apresenta o projeto de lei que tenta, atualmente, regular a matéria como um todo, apresentando-se suas principais características. Finalmente verifica-se qual é a importância dos *factors* para o sistema econômico brasileiro, principalmente no que diz respeito ao apoio à atuação da pequena e da média empresa, assim como quais são as situações em que o faturizador poderá se utilizar da ação *in rem verso* contra o faturizado, uma vez que esta é considerada como uma atividade de risco.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia busca apresentar as características mais importantes da atividade de fomento mercantil - *factoring* - como também seu funcionamento e forma de concreção desta espécie contratual, apresentando o arcabouço jurídico que incide sobre a referida atividade.

É importante destacar que ao longo do trabalho serão apresentadas características relacionadas com o *factoring* que atuam somente no campo teórico, ou seja, na prática estas empresas muitas vezes agem de forma diversa da estabelecida pela Associação Nacional de Fomento Mercantil (Anfac), ultrapassando os limites éticos por esta impostos aos seus associados. Isso pode ocorrer em virtude das regras de mercado, considerando-se que aqueles que trabalham com empresas de fomento mercantil são, também, empresários e, como tais, necessitam do lucro para darem continuidade às suas atividades. Todavia pode ocorrer que certas *factorings* estejam agindo má-fé, sendo, por este motivo, conhecidas como “falsas *factorings*”, as quais precisam ser expurgadas do sistema econômico, uma vez que podem trazer diversos prejuízos para suas empresas-clientes.

Inicialmente, neste trabalho, faz-se necessário um apanhado histórico acerca do desenvolvimento desta atividade no mundo, considerando-se que o *factoring*, com os seus contornos atuais, surgiu no Brasil no ano de 1982, com a fundação da Anfac.

Fala-se de “contornos atuais” do *factoring* porque esta atividade além de se desenvolver foi, ao longo dos anos, sendo extremamente modificada, chegando ao chamado *factoring* moderno, o qual se apresenta como um diversificado prestador de serviços, sejam eles de acessoria creditícia, mercadológica, de gestão de contas ou de aquisição dos ativos creditícios com assunção dos riscos, sendo que todos estes serviços são prestados às empresas faturizadas de forma contínua e cumulativa.

O contrato de fomento mercantil é muito utilizado no Brasil, principalmente pelas empresas deficitárias, que necessitam de financiamento para a consecução normal de suas atividades, o qual não é fornecido pelos bancos em razão do pequeno patrimônio e do risco que estas empresas apresentam para as instituições financeiras, uma vez que aquelas, normalmente, não possuem todas as garantias que são exigidas

para a concessão do empréstimo, sendo que este, além de tudo, é extremamente burocratizado. Cabe esclarecer que ainda que a atividade de fomento mercantil esteja amplamente difundida no sistema econômico pátrio, não há, ainda, uma legislação que trate especificamente sobre a matéria, sendo caracterizado, portanto, como um contrato atípico.

A ausência de uma lei específica não impede, por óbvio, a realização deste contrato, uma vez que o Código Civil permite a realização de contratos atípicos, desde que sejam respeitados o direito vigente e os princípios que orientam a boa ordem pública. O contrato de fomento mercantil deverá ser concretizado a partir da utilização de institutos que se encontram devidamente regulamentados no sistema jurídico brasileiro, como por exemplo a cessão de crédito, a prestação de serviços, o endosso, a duplicata, os cheques, dentre outros.

O referido contrato pode ser realizado a partir de várias modalidades de *factoring*, as quais serão apresentadas neste trabalho, sendo que se diferenciam em razão da espécie de serviços que prestam, da existência ou não da cessão de créditos e da espécie de financiamento que podem realizar para as empresas clientes.

Estes serviços que podem ser prestados por uma empresa de *factoring* têm uma remuneração que é denominada de *ad valorem*, a qual pode ser acordada de várias formas. Todavia quando esta realiza a aquisição de direitos creditórios, a remuneração cobrada chama-se fator, que corresponde ao valor de face dos títulos de crédito cedidos, reduzindo-se uma espécie de comissão que pode variar de acordo com os riscos que podem correr os *factors* diante do não recebimento dos títulos - inadimplência do sacado. Diante disto, constata-se que esta atividade é de risco, sendo que cabe ao faturizador assumi-lo diante da inadimplência do devedor, pois é devidamente remunerado para este fim, em que pese a prática ter se mostrado diversa.

Quando ocorre a referida cessão de crédito, os títulos utilizados são a duplicata e o cheque pós-datado. Quanto a este destaca-se a divergência doutrinária acerca da possibilidade ou não de sua existência, uma vez que o cheque é definido pela lei como uma ordem de pagamento à vista. Ocorre que ainda que a posição doutrinária contrária à existência dos pós-datados seja bem fundamentada, a prática diária do mercado

confirma a possibilidade de utilizá-los, apoiada a entendimentos jurisprudenciais permissivos para tal atividade. Os cheques pós-datados serviram como uma alavanca às atividades de fomento mercantil, no que diz respeito ao financiamento cedido às empresas-clientes, uma vez que antes se utilizavam somente das duplicatas.

Estes títulos são transmitidos através de endosso, sendo que aqui surge mais uma polêmica, pois sabe-se que o endosso transmite um direito novo e melhor que o anterior, considerando-se que o cedente do título deve garantir ao cessionário quanto ao pagamento, diante da inadimplência do devedor. Ocorre que por ser a *factoring* uma atividade de risco, o cedente do título deveria ficar livre de qualquer ônus, pois remunera o *factor* para que este suporte os riscos. A solução encontrada pela doutrina foi a transmissão dos direitos creditórios através do endosso sem garantia, a qual tem suas restrições como será visto ao longo desta monografia.

Como se pode perceber, a empresa de *factoring* pode prestar uma série de serviços às faturizadas, todavia certamente a atividade mais conhecida é a de aquisição dos créditos, uma vez que é através desta que as empresas-clientes conseguem capital de giro, propagando-se a idéia de que as *factorings* teriam um papel especial a ser desenvolvido diante das pequenas e médias empresas, as quais são seus mercados-alvo.

Certamente que esta idéia de fomento somente pode ser verdadeiramente desenvolvida quando as *factorings* que estejam prestando serviços sejam consideradas idôneas, associadas à Anfac, uma vez que esta tem um código de ética que deve ser seguido por seus associados. Além disso, esta atividade deve ser desempenhada por profissionais, porque além de fomentar os negócios destas pequenas e grandes empresas, deverão reduzir seu endividamento.

Todas estas características demonstram que se a atividade de fomento mercantil for realizada nos moldes como teoricamente são apresentadas, poderão auxiliar muitas empresas a terem uma vida financeira mais saudável, contribuindo, inclusive, para o desenvolvimento do sistema econômico como um todo, fatores estes considerados importantes para um país que se encontra em uma das maiores crises de desemprego já registradas e com um elevado e crescente índice de pobreza.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE FOMENTO MERCANTIL

Este primeiro capítulo tem como objetivo lançar as bases iniciais sobre o *factoring*, explicando sua origem histórica, desde os tempos remotos até os dias atuais, com a conseqüente evolução ocorrida ao longo dos tempos. Seguir-se-á com o estudo da definição atual atribuída ao instituto em deslinde, analisando-se as figuras existentes no direito brasileiro que se assemelham às atividades desenvolvidas pelas empresas de fomento mercantil.

2.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *FACTORING*

Nota-se, entre os autores, uma dificuldade em precisar o momento histórico do surgimento do *factoring* no mundo, pois para alguns suas raízes estão vinculadas à antigüidade, enquanto que para outros estão mais próximas da contemporaneidade.

Segundo Jacobo Leonis, citado por Antônio Carlos DONINI (2002, p.14), “o moderno *factoring* tem seu antecedente mais remoto no século XIV, na Inglaterra, quando foi utilizado ali exclusivamente no mercado têxtil, no setor de lã. As peças de lã confeccionadas pelos fabricantes, eram aceitas em regime de consignação por determinados comerciantes, que as vendiam a outros e por alguma razão especial os consignatários garantiam aos fabricantes a cobrança de seus créditos comerciais contra os adquirentes”¹.

Sustentam estes autores que o *factoring* nasceu em virtude dos descobrimentos de novas terras e da colonização, pois com o aumento do número de povos colonizados, do volume de comércio e, ainda, diante da distância existente entre os países colonizados e os colonizadores, estes eram obrigados a deixar naqueles representantes da metrópole que teriam a função de ficar com as mercadorias como depositários, comercializá-las e cobrá-las. Nesta época não se pode encontrar muitos pontos de ligação com a atividade desenvolvida atualmente, uma vez que estes representantes não adiantavam os preços das mercadorias.

¹ LEONIS, J. O contrato de *factoring* – in *Revista Forense*, vol. 253.p. 459.

Para Arnaldo RIZZARDO, “no direito moderno, apareceu um tipo de comissão mercantil, que talvez tenha levado ao aparecimento do conteúdo hoje vigente do *factoring*: foi quando o agente ou *factor* passou da função de vender e cobrar os preços para a posição de financiador dos comerciantes”². Estes agentes se tornaram cobradores das vendas realizadas, adiantando aos comerciantes da metrópole o valor destas, assumindo os riscos pelo não pagamento, uma vez que por residirem no local onde as vendas eram realizadas, estavam mais aptos a conhecer as características do mercado em que trabalhavam, assim como os riscos do inadimplemento. O *factor* passa a adquirir os créditos dos agentes do império, realizando os pagamentos de forma apazada, todavia antes do vencimento.

No século XIV, na Inglaterra, os fabricantes de lã entregavam seus produtos, também em regime de consignação, aos comerciantes, sendo que estes recebiam comissão pelas vendas realizadas, assumindo a responsabilidade pelo pagamento junto ao fabricante.

Como se pode verificar o *factoring* realizado neste período de colonização está mais associado a uma espécie de garantia que com a figura atual deste instituto, o qual é fruto de uma evolução histórica e das alterações nas condições de mercado.

Para Fran Martins a “história do *factoring* tem, assim, duas etapas distintas: o *factoring* antigo, em que o *factor* era apenas um comissário do vendedor, e o *factoring* moderno, que é o predominante hoje”³.

A primeira sociedade de *Factoring* foi criada em 1808, nos Estados Unidos. Vários Estados Americanos passaram a editar leis que regulamentavam o *factoring* como uma operação em que um comerciante adquiria créditos de outro, cobrando por este serviço uma determinada comissão, todavia sem poder exercer direito de regresso contra o cedente.

No Brasil este instituto evoluiu abarcando um número maior de serviços que não somente a compra de créditos, mas também gestão de negócios, administração de

² RIZZARDO, A. *Factoring*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.18.

³ MARTINS, F. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2000. p. 471.

contas, avaliação de clientes, cobrança de dívidas, dentre outros, dependendo da modalidade de *factoring* contratada. Cabe destacar que cresce a utilização desta espécie contratual, uma vez que é grande a carência de créditos no mercado atual, principalmente diante das dificuldades que as instituições financeiras criam para as micro, pequenas e médias empresas, exigindo-se inúmeras garantias e a cobrança de elevadas taxas de juros, impossibilitando a estas o acesso aos bancos. Neste diapasão as empresas de *factoring* têm sido de grande importância, pois podem fornecer capital de giro, característica fundamental para que aquelas empresas continuem no mercado.

2. 2 CONCEITO DE *FACTORING*

A Lei 8.981/95, que altera a legislação tributária federal, no seu artigo 28, § 1º, alínea c.4, definiu *factoring* como “a atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de acessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*)”, definição esta que foi ratificada pela Resolução do BACEN nº 2.144/95.

Esta resolução tem o objetivo de diferenciar as operações das *factorings* das operações financeiras, estabelecendo que as atividades desenvolvidas por empresas de fomento mercantil que não se ajustarem ao dispositivo supra mencionado da Lei 8981/95 e que se caracterizarem como operações financeiras, serão enquadradas como ilícito administrativo e penal, conforme leis 4.595/64 e 7.492/86. A diferença básica entre as duas operações é que as empresas de *factoring* realizam a aquisição de créditos das empresas clientes ou a prestação de serviços com a utilização de recursos próprios, já as instituições financeiras realizam suas atividades através da captação, intermediação e aplicação de recursos coletados de terceiros.

Doutrinariamente, alguns autores têm uma visão mais restrita sobre as atividades das empresas de fomento mercantil, que aquela trazida pela Lei 8.981/95. Luiz Alexandre Markusons define o *factoring* como um “contrato em que um comerciante (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos decorrentes de suas vendas mercantis a terceiros, mediante o pagamento de uma

remuneração, consistente no desconto sobre os respectivos valores, ou seja, conforme o montante de tais créditos, mais uma taxa de serviço”⁴. Para Arnaldo RIZZARDO, tradicionalmente o *factoring* é visto como uma “relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo, como contraprestação, o valor constante do título, do qual se desconta certa quantia considerada a remuneração pela transação”⁵.

Segundo Maria Helena Diniz, “o contrato de faturização, de fomento mercantil ou *factoring* é aquele em que um industrial ou comerciante (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos provenientes de suas vendas mercantis a terceiro, mediante o pagamento de uma remuneração, consistente no desconto sobre os respectivos valores, ou seja, conforme o montante de tais créditos”⁶.

O Projeto de Lei nº 230/95, da autoria do Senador José Fogaça, é um pouco mais flexível ao definir, no seu artigo 1º, seguindo as diretrizes da Lei 8.981/95, a atividade de fomento mercantil como “a prestação contínua e cumulativa de serviços de acessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos, de acompanhamento de contas a receber e a pagar e outros serviços, conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos de empresas resultante de suas vendas mercantis, a prazo, ou de prestação de serviços”.

O autor Antônio Carlos DONINI acredita que “matrimoniar (cumulação ou conjugação) a cessão de crédito à prática de prestação de serviços é limitar a função desempenhada pelo *factor* que envolve além da cessão de crédito, antecipação de recursos não financeiros, prestação de serviços diferenciados e convencionais etc.,

⁴ MARKUSONS, L.A. **Factoring – Teoria – Prática – Legislação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

⁵ RIZZARDO, op. cit, p. 11. Observa-se que tanto esta definição, quanto a de MARKUSONS ou a de Maria Helena DINIZ, limitam exacerbadamente as atividades de fomento mercantil que podem ser realizadas por uma empresa de *factoring*, pois não consideram, nas definições desta atividade, a existência da enorme gama de serviços que estas empresas podem prestar, qualificando-as como simples adquirentes de direitos creditórios.

⁶ DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 65.

conjugados ou separadamente”⁷.

Cabe destacar que as empresas de *factoring* são pessoas jurídicas que prestam serviços para outras pessoas jurídicas, ou seja, é um contrato realizado entre empresários, segundo o conceito trazido pelo artigo 966 do Código Civil. Tais serviços podem estar conjugados ou não com a compra *pro soluto* e/ou *pro solvendo* de créditos oriundos de vendas mercantis. A gama de serviços que podem ser prestados é variada, podendo-se mencionar os de gestão de créditos, administração de contas, seleção de riscos, análise de clientes, acessoria contábil, cobrança de dívidas, além do fornecimento de recursos.

A ANFAC (Associação Nacional das Sociedades de fomento Mercantil) afirma que as *factorings* prestam às suas empresas-clientes “serviços de apoio”. Através deste serviço orientam as pequenas e médias empresas (clientela-alvo) na “compra de matéria-prima, na organização da contabilidade, no controle de fluxo de caixa, no acompanhamento de suas contas a receber e a pagar, na busca de novos clientes”⁸. Através desta parceria a empresa de *factoring* busca melhorar a qualidade dos produtos vendidos ou dos serviços prestados, assim como a ampliação do número de clientes, cobrando por tais atividades uma comissão.

A Cartilha sobre *Factoring* cedida pela ANFAC assevera que a consequência direta desta parceria é verificada quando da aquisição dos créditos, pois é óbvio que diante de uma clientela melhor selecionada e da melhor gestão das contas da faturizada, diminui-se a possibilidade de inadimplemento, seja por parte do sacado-devedor ou do cedente-faturizado, conforme a cessão de crédito contratada (*pro soluto* ou *pro solvendo*) ou o tipo de responsabilidade que se imputa à empresa cliente.

Como se percebeu ao longo desta exposição sobre o conceito do *factoring*, este deverá abarcar os inúmeros serviços que podem ser prestados por estas empresas, sem restringi-las à compra de crédito e consequente fornecimento de capital de giro, em que pese serem estas atividades as mais conhecidas e mais atrativas para as suas

⁷ DONINI, A. C. **Factoring**: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 14.

⁸ Cartilha da ANFAC. São Paulo. Jan. 2003. p. 05. Disponível em: <<http://www.anfac.com.br>> Acesso em: jul. 2003.

empresas-clientes. Todavia, cabe salientar que tais operações não devem ultrapassar os limites impostos pela Lei 8.981/95, como acima exposto, pois ao adentrarem na esfera de competência das instituições financeiras poderão incidir em ilícito administrativo e penal, previsto na Lei 4.595/64 – Lei de Reforma Bancária .

2.3 *FACTORING* E INSTITUTOS AFINS

O contrato de fomento mercantil tem características similares a alguns institutos jurídicos como a cessão de crédito, o desconto bancário, o mútuo, a abertura de crédito e o seguro de crédito, por exemplo, todavia não pode com estes ser confundido, uma vez que possui características que lhe são próprias, como veremos no decorrer deste trabalho.

2.3.1 Cessão de Crédito

Na cessão de créditos a posição contratual de uma das partes é assumida por terceiro. Nesta modalidade de contrato há três partes: o cedente, que é quem contratou originariamente e que vai transferir a terceiro a sua posição dentro do contrato; o cessionário, que é o terceiro, substituto do cedente; o devedor cedido, o qual não participa diretamente do contrato.

Ocorre, através da cessão de crédito, a transferência de determinados direitos, passando o cessionário a ostentar a posição do cedente perante o devedor. Para que ocorra a referida cessão, o contrato deverá ser sinalagmático e as prestações não devem ter sido integralmente satisfeitas pelo contratante.

A cessão de crédito sem liberação do cedente deverá ser expressamente estipulada.

Como acima mencionado, o devedor cedido não intervém na cessão de créditos. Para ele é importante saber apenas quem é o novo detentor para oportunamente solvê-lo, todavia deve-se frisar que a cessão de crédito somente tem validade em relação ao devedor se a este for notificada.

O contrato de fomento mercantil identifica-se com a cessão de créditos porque ocorre uma alienação de faturamento de uma empresa para outra. Como se analisou no item referente ao conceito de *factoring*, o contrato de fomento mercantil inclui a prestação de serviços e a cessão de créditos, sendo que esta, naquelas espécies contratuais, deverá ser sempre onerosa. Percebe-se, então, que este contrato não se resume à cessão de crédito, pois o objeto é muito mais amplo.

Verifica-se aqui uma das diferenças entre o *factoring* e a cessão de créditos, pois aquele, como salientado, possui um campo de atuação muito maior que este, além disso a cessão de créditos pode ocorrer de forma onerosa ou gratuita, como se depreende do artigo 295 do Código Civil, enquanto que no *factoring* somente de forma onerosa. Lembra Arnaldo RIZZARDO, referindo-se ao mesmo dispositivo legal, que “na cessão de crédito o cedente de boa-fé não garante a solvência do devedor. No contrato de *factoring*, não tem importância a boa ou má-fé no tocante à solvência do devedor do título, pois o preço ou a comissão integra o risco pelo negócio.”⁹

A aproximação entre os institutos também ocorre quando o Código Civil, no seu artigo 296, assevera que “salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”, ou, ainda, quando no artigo 295 estabelece que o cedente ficará responsável perante o cessionário pela existência do crédito ao tempo da cessão. Todavia, é no artigo 296 do CC que se encontra a proibição para o direito de regresso.

Para Arnaldo RIZZARDO, a proibição de direito de regresso e a atuação do faturizado podem criar problemas para o *factor* porque “não raramente, pode ele, para conseguir recursos, valer-se de expedientes fraudulentos ou sem causa, ou simulando vendas”¹⁰, e como, para este autor, inexistente o direito de regresso, o *factor* ficaria sem meios para cobrar o título, o qual teria vício na sua origem.

⁹ RIZZARDO, op. cit., p. 40.

¹⁰ Ibid., p. 39. Deve-se observar, entretanto, que no exemplo trazido por RIZZARDO, o título teria vício na origem, sendo que diante disso caberia direito de regresso contra o faturizado, pois este responde pela existência válida do crédito no momento da cessão. Salienta-se, também, que caberá à *factoring* a análise e a previdência diante dos títulos que adquirir.

Mas como o cedente fica responsável pela existência válida do crédito ao tempo da cessão, então, este título deverá existir e esta existência deve ser lícita, caso contrário desencadeia-se a responsabilidade involuntária do cedente por vício na origem do título, sendo esta a forma de o cessionário-faturizador ter a composição de seu prejuízo.

Deve-se destacar que os títulos cedidos no contrato de fomento mercantil geralmente são a duplicata e o cheque, sendo que cabe ao faturizador escolher os créditos que melhor lhe aprouver dentre aqueles que lhe forem apresentados pela faturizada.

A comissão recebida pela compra dos ativos financeiros é denominado de fator, o qual corresponde, segundo DONINI, ao “deságil (diferencial ou comissão) entre o valor de face do título cedido e o pagamento feito pela empresa de *factoring*”¹¹.

2.3.2 Mútuo

O mútuo é o contrato através do qual ocorre o empréstimo de coisa fungível do mutuante ao mutuário, sendo que caberá a este fazer a restituição àquele através do equivalente – mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Quando o mútuo se refere a empréstimo de dinheiro, pode se assemelhar à prática do *factoring*, contudo há muitas diferenças. No mútuo a empresa que empresta dinheiro deverá, após o transcurso do prazo contratado, restituir ao mutuante o valor que emprestou, acrescido de juros. Todavia no contrato de fomento mercantil o que ocorre é uma negociação de títulos de crédito, inexistente diante do mútuo, através da qual a empresa cedente dos títulos recebe um montante em dinheiro, não como empréstimo, mas em decorrência da negociação destes títulos de crédito. Destaca-se a remuneração nesta situação não são os juros, mas o fator, ou seja, quando do pagamento pelos títulos desconta-se a comissão pela operação, assim como remuneração pelo risco do não recebimento.

¹¹ DONINI, op. cit., p. 21

O artigo 586 do CC estabelece, como acima mencionado, que “o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. Portanto, é obrigação do mutuário realizar referida restituição, fato este não visualizado na operação de fomento mercantil, principalmente se esta ocorre na modalidade *pro soluto*, na qual mesmo diante da inadimplência do devedor-sacado não haverá obrigação de o cedente-faturizado restituir ao faturizador por eventuais danos decorrentes deste contrato, quando a existência do título é válida.

O autor Antônio Carlos DONINI assevera que “as empresas de *factoring* não emprestam dinheiro, não estando esta função na sua razão social, sendo o objeto do *factoring* a aquisição de créditos, antecipação de recursos não financeiros e a prestação de serviços convencionais e diferenciados”¹².

2.3.3 Desconto Bancário

O *factoring* assim como o desconto bancário é um instituto que está ligado ao comércio, geralmente a pessoas jurídicas, procurando satisfazer a necessidade de crédito que possui o titular do título. Em ambos ocorre a cessão do título e o recebimento de um valor, que no desconto bancário é denominado de taxa e no *factoring*, como já mencionado, de fator, sendo que a este é acrescido uma quantia que deve servir para compensar o risco que o *factor* corre diante de um eventual inadimplemento do devedor.

Para Orlando Gomes, o desconto bancário é “um contrato por via do qual o banco, deduzindo antecipadamente juros e despesas da operação, empresta à outra parte certa soma em dinheiro, correspondente, de regra, a crédito deste, para com terceiro ainda não exigível”¹³. O banco além dos direitos de cessionário, conserva o direito de regresso contra o cedente, uma vez que a cessão ocorre na modalidade *pro solvendo*, ou seja, responde o cedente pela solvência do sacado-devedor. Todavia para que o banco possa cobrar do cedente-endossador o título vencido e não adimplido,

¹² Ibid., p. 62.

¹³ GOMES, O. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 332.

deverá protestá-lo, tornando-o exigível. O protesto é tirado contra o sacado, sendo que o portador do título deverá avisar os demais obrigados do referido protesto.

Ocorre que a instituição financeira quando realiza o adiantamento de recursos, através da compra de créditos, fá-lo utilizando-se de capital de terceiro, enquanto que as empresas de fomento mercantil se utilizam de recursos próprios. Para os autores que defendem a tese de que estas empresas somente podem adquirir títulos de crédito sem direito de regresso – *pro soluto* – destacam essa característica como a maior diferença entre estes institutos¹⁴. Neste mesmo sentido:

A operação de *factoring*, face à elevada comissão cobrada pelo faturizador, distingue-se da operação bancária do desconto de títulos, razão porque o faturizador assume o risco do não pagamento pelo devedor dos títulos negociados. A emissão de promissória pelos gerentes da faturizada, como expressa menção de que destina-se a garantir o pagamento do devedor do título negociado, representa engenho contornador da irresponsabilidade do faturizado, sem eficácia na relação faturizador-faturizado. (Apelação nº 194214144, 3ª Câm. TARGS, 30.11.1994).

Alguns tratamentos jurisprudenciais, como o acima descrito, enfatizam que cabe ao faturizador assumir os riscos e as perdas diante do inadimplemento do sacado, qualificando como nula qualquer cláusula que obrigue o faturizado a solver o inadimplemento do devedor, uma vez que isto pode atentar contra a natureza do *factoring*.

Os doutrinadores que não vislumbram o contrato de fomento mercantil na modalidade *pro solvendo* afirmam que se houvesse direito de regresso para este instituto, o *factoring* não teria uma individualidade própria, confundindo-se com outras figuras já existentes, como a cessão de crédito ou o próprio desconto bancário.

Deve-se destacar, como acima realizado, que o contrato de fomento mercantil abarca uma grande variedade de atividades, que não somente a compra de créditos, enquanto que o desconto bancário se resume à entrega dos títulos de crédito em troca de um numerário. Outra diferença a ser mencionada é que o desconto bancário pode ser realizado com a utilização de todos os títulos de crédito, como por exemplo a nota

¹⁴ “Mas, a grande e fundamental diferença reside na existência do direito de regresso no *factoring*, enquanto consagra essa faculdade o desconto bancário.” (RIZZARDO, op. cit., p.40).

promissória, a letra de câmbio, as debêntures, o cheque, a duplicata, dentre outros, enquanto que no contrato de fomento mercantil negocia-se somente a duplicata e o cheque.

2.3.4 Abertura de Crédito

Através deste contrato bancário coloca-se à disposição do cliente um crédito de até certo montante, o qual poderá ser utilizado durante um período de tempo, nada impedindo que seja este indeterminado. Neste contrato o banco se compromete a liberar os referidos valores, dentro de um limite previamente estipulado, sendo que os encargos começam a incidir somente quando da utilização dos valores postos à disposição do cliente.

Com a utilização do numerário posto à disposição do cliente, nasce para o creditado obrigações como o pagamento de juros sobre o saldo devedor e a posterior restituição do valor devido à instituição financeira. Este instituto se assemelha mais ao mútuo e ao depósito que à faturização.

No *factoring* pode, se assim for o interesse dos contratantes, ocorrer a abertura de uma conta bancária com o objetivo de fazer as movimentações necessárias diante da aquisição dos títulos de crédito por parte do faturizador, quando este procede à escolha dos títulos, depois da análise do borderô que lhe é enviado pela empresa cliente. Entretanto, ocorre neste instituto somente a utilização desta conta para agilizar os procedimentos, diferentemente da abertura de crédito em que determinada soma em dinheiro fica à disposição do cliente, esperando que este o utilize.

2.3.5 Seguro de Crédito

No seguro de crédito contrata-se o ressarcimento ou a reparação dos danos ou dos resultados em razão de um certo risco previsto. Para que o contratante receba a indenização é indispensável a ocorrência do sinistro.

Quanto ao contrato de fomento mercantil, é de sua natureza, quando a cessão

de crédito ocorre na modalidade *pro soluto*, suportar a insolvência do sacado, sem poder exercer o direito de regresso. Como já mencionado, para alguns doutrinadores todas as operações de *factoring* devem ser realizadas sem que o faturizador possa se utilizar deste direito, observando-se facilmente a diferença entre uma espécie de contrato e outra. Ocorre que para o faturizado alguns dos efeitos do contrato de fomento mercantil se assemelham ao de seguro, uma vez que este terá o seu crédito ressalvado, pois o faturizador é quem arcará com as conseqüências do inadimplemento do devedor.

Na faturização o pagamento ao faturizado ocorre antecipadamente ou até o vencimento do título, enquanto que no contrato de seguro de crédito somente ocorrerá o pagamento ao contratante se ocorrer algumas das hipóteses indenizáveis.

Segundo Arnaldo RIZZARDO, “em última instância , pode-se dizer que o objeto se assemelha, pois em ambas as figuras há a garantia no recebimento do crédito. Todavia, e aí está a diferença básica, no *factoring* existe a compra do crédito; no seguro, pactua-se a indenização na eventualidade de insolvente o devedor – de onde exurge o seu caráter indenizatório.”¹⁵

2.4 PRINCIPAIS MODALIDADES DE COMPRA DE FATURAMENTO

Através da faturização pode-se contratar, além da cessão de crédito, a prestação de serviços, sejam estes convencionais ou diferenciados¹⁶, assim como a

¹⁵ RIZZARDO, op. cit., p. 42

¹⁶ Esta é a classificação de serviços em convencionais e diferenciados é apresentada por Antônio Carlos DONINI em sua obra sobre *factoring*, a qual será utilizada neste trabalho por se apresentar como a mais didática, todavia cabe mencionar que outros autores, como Arnaldo Rizzardo e Fran Martins não fazem a referida diferenciação entre os serviços que são prestados pelas empresas que realizam fomento mercantil. Na Cartilha do *Factoring* apresentada pela ANFAC, p.05, encontra-se que as empresas de faturização prestam aos seus clientes serviços de apoio, assim como realizam a compra de créditos mercantis, ou seja, os serviços que podem ser contratados são apresentados de uma forma global. Para Waldírio Bulgarelli, a empresa de *factoring* deve realizar três funções: garantia, pois compra títulos de crédito sem poder exercer o direito de regresso contra o cedente; gestão de créditos, através desta o *factor* examina os créditos, podendo providenciar a sua cobrança e, ainda, pode cuidar da contabilidade e do faturamento da empresa cliente; financiamento, que é a compra dos créditos. (BULGARELLI, W. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 1991. p.509).

antecipação de recursos não financeiros. Em que pese ser a modalidade convencional de *factoring* ser a mais conhecida, existem, segundo a doutrina dominante, outras modalidades, as quais diferenciam-se de acordo com o objeto contratado e com os interesses que visam satisfazer.

Na prestação de serviços convencionais estão englobados os administrativos usuais, como, por exemplo, o acompanhamento de contas a pagar e a receber, a avaliação de clientes, a organização contábil, dentre outros, necessários ao regular andamento de qualquer empresa.

Os serviços diferenciados são aqueles que fazem com que surja uma espécie de parceria entre faturizador e faturizado. DONINI, ao falar de prestação de serviços diferenciados afirma que “o faturizador, nessa função, presta serviços de: i) gestão empresarial, parcial (em determinados departamentos da empresa) ou não; ii) co-gestão (em conjunto com o faturizado); iii) parcerias etc.”¹⁷ Nesta modalidade deve haver uma maior confiança entre os agentes contratantes.

A antecipação de recursos não financeiros diz respeito à compra de matéria-prima e insumos para determinada empresa. Neste caso será o faturizador que adquirirá os produtos frente ao fornecedor, em nome próprio ou do faturizado, pois muitas vezes este necessita dos referidos produtos para poder produzir.

Diante desta breve introdução, faz-se necessário distinguir cada uma das modalidades de faturização, seguindo-se:

2.4.1 Convencional *Factoring*

Segundo o autor Rogério Alessandre, a convencional *factoring* se apresenta quando ocorre “... a compra, através de cessão *pro soluto*, dos créditos decorrentes de vendas mercantis a prazo, mediante a cobrança de um fator”¹⁸. Destaca-se que esta modalidade corresponde à compra, à vista, de direitos creditórios, os quais

¹⁷ DONINI, op. cit., p. 80.

¹⁸ CASTRO, R. A. de O. *Factoring* – Seu Reconhecimento Jurídico e sua Importância Econômica. São Paulo: Editora de Direito, 2000. p. 32.

correspondem a vendas mercantis a prazo ou à prestação de serviços. O traço característico da faturização convencional é, justamente, a compra dos títulos de crédito realizada antes do vencimento destes, sendo que o faturizador desconta do valor de face dos créditos uma comissão (fator), assim como os encargos (impostos que incidem sobre esta operação).

Esta modalidade é uma das mais utilizadas porque através dela ocorre uma antecipação de recursos quando da cessão de crédito, uma espécie de financiamento, não no sentido técnico do termo, além da prestação dos demais serviços convencionais. Para Fábio Ulhôa no convencional *factoring* “... a faturizadora garante o pagamento das faturas antecipando o seu valor ao faturizado. Essa primeira modalidade compreende três elementos: *serviços de administração de crédito, seguro e financiamento* [sem grifos no original]”.¹⁹

2.4.2 Maturity Factoring

Nesta modalidade de faturamento os títulos de créditos são remetidos pela empresa faturizada ao faturizador e por este liquidados no vencimento. Diante desses casos, assevera Fran Martins que “o faturizador não vai fazer o papel de simples mandatário do faturizado, para a cobrança das dívidas, já que as paga na apresentação e, na qualidade de cessionário, vai cobrá-las em seu nome, não tendo, igualmente, direito de ação contra o faturizado se a dívida não for paga.”²⁰

Rogério Alexandre e Maria Helena Diniz são contrários à opinião do autor acima mencionado. Estes afirmam que esta modalidade de *factoring* foge à verdadeira concepção do instituto, por não passar de uma simples cobrança de crédito, pois, segundo o entendimento destes autores, nesta espécie de faturização a faturizadora apenas realiza a cobrança dos títulos de crédito, considerando-se que se estes não

¹⁹ COELHO, F.U. *Curso de direito comercial*. 3. ed., v.III. São Paulo: Saraiva, 2002. p.135.

²⁰ MARTINS, op. cit., p. 477.

forem adimplidos o valor não será repassado à empresa cliente²¹. É este também o pensamento de Arnaldo RIZZARDO, o qual afirma que “a grande desvantagem é o risco do não-recebimento. Parece que foge o seu conteúdo do núcleo do *factoring*, posto que o pagamento fica sob a condição de também pagar o devedor.”²²

No *maturity factoring* além da compra dos créditos ocorre a prestação de serviços convencionais, como os de administração do crédito. O financiamento não está presente porque, como acima esclarecido, o pagamento dos créditos é realizado somente no vencimento destes.

Deve-se questionar, todavia, qual seria a função de se contratar com uma empresa de faturização, pagando pela cessão dos créditos o fator acrescido dos demais encargos, se diante dessa operação não ocorre financiamento e, muito menos, a assunção dos riscos?

Somente haveria vantagem em se contratar a faturizadora se esta assumisse os riscos pelo não recebimento dos créditos cedidos, pois, de qualquer forma, o pagamento dar-se-á somente no dia contratado com o sacado, portanto, a assunção dos riscos seria o diferencial desta modalidade. Para DONINI uma das vantagens desta espécie de faturização é que o faturizado “não terá, principalmente, que se preocupar com o adimplemento do devedor, pois, nesse caso, entendemos que o faturizador deverá assumir o risco pela insolvência, sob pena de não ter o faturizado (cliente da *factoring*), nenhum atrativo para efetuar a operação.”²³

Compartilha com a idéia acima mencionada o autor Markusons, o qual define o *maturity factoring* com uma modalidade “que se compromete a pagar os créditos que lhe forem cedidos, nos vencimentos, *deduzindo uma comissão que, na verdade, é uma*

²¹Diferentemente do que afirmam os mencionados autores, no *maturity factoring* não ocorre somente uma espécie de endosso mandato – cessão dos créditos para que o *factor* possa realizar a cobrança, repassando o numerário para a empresa-cliente. Apesar de não estar presente o financiamento, uma vez que os títulos são pagos nas datas de seus vencimentos, ocorre a gestão e a cobrança das faturas, assegurando-se o risco pelo inadimplemento do devedor. Obviamente que se não houvesse este diferencial, não haveria porque existir esta modalidade de contrato.

²² RIZZARDO, op. cit., p.34.

²³ DONINI, op. cit., p. 39.

*remuneração, equivalente aos riscos assumidos em relação aos créditos adquiridos [sem grifos no original].”*²⁴

2.4.3 Importação-Exportação

Esta modalidade está ligada ao comércio internacional, *locus* onde, no passado, ocorreu o desenvolvimento deste instituto. Através dela dá-se a compra de créditos oriundos de vendas realizadas por exportadores (empresas clientes) no exterior e prestam-se os mesmos serviços que no *factoring* convencional.

Luiz Lemos LEITE afirma que esta modalidade de *factoring* pode oferecer os seguintes serviços: proteção contra o não-pagamento, sendo que caberá ao *import-factoring* assumir os riscos no caso de inadimplência do importador; capital de giro, pois o *export factoring* paga até 80% do valor do negócio à empresa exportadora; cobrança, uma vez que na outra ponta do negócio deverá atuar o *factoring importação*, o qual realizará a cobrança conhecendo a situação do país importador; contabilização das vendas; identificação do cliente, sendo que é através deste serviço que o exportador saberá das informações necessárias, as quais serão trazidas pelo *factoring importação*, para poder expandir os seus negócios.²⁵

Esta modalidade de contrato de fomento mercantil também é conhecida como *factoring* internacional, pois suas negociações transcendem o âmbito de um Estado. DONINI afirma que a *factoring* internacional “atua em três frentes: importação, exportação e a chamada ‘garantia’ ou securitização e, onde o faturizador adquire, através de cessão, o crédito que o faturizado possui com o importador.”²⁶

Segundo os ensinamentos da ANFAC, nessas operações existem duas empresas de *factoring*, uma brasileira, a qual compra créditos de uma empresa cliente exportadora, e uma *factoring* estrangeira, que representa a empresa exportadora e que deverá efetuar o pagamento à empresa nacional, garantindo a liquidez da obrigação.

²⁴ MARKUSONS, op. cit., p. 29.

²⁵ LEITE, L. L. *Factoring no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 271.

²⁶ DONINI, op. cit., p. 38.

Maria Helena de Brito, citada por DONINI (2002, p. 39), ao falar sobre a *factoring* internacional, afirma que a empresa nacional, “*export-factor*”, “em vez de cobrar diretamente os seus créditos sobre devedores estabelecidos fora do seu país, contrata com uma sociedade de *factoring* do país devedor (*import factoring*) a cobrança desses créditos.”²⁷

Como se pode visualizar, esta modalidade de contrato de faturização é uma das mais complexas, todavia se os objetivos forem seguidos de acordo com o estipulado pela Associação Nacional das Empresas de *Factoring*, ela poderá trazer grandes benefícios para as empresas de pequeno e médio porte, uma vez que estes contratos têm a finalidade de inserir aquelas empresas no mercado internacional.

Cabe mencionar, ainda, que se algum dos países parte do contrato de faturização internacional for também signatário da Convenção de Ottawa, sobre *Factoring*, as normas daquela deverão ser respeitadas.

2.4.4 *Trustee*

Nesta modalidade a empresa de fomento mercantil presta alguns serviços diferenciados à empresa cliente como a administração das contas, a gestão dos negócios, a seleção de compradores, o auxílio na expansão dos negócios, dentre outros. Verifica-se, portanto, que deve haver entre faturizador e faturizada uma maior confiança, pois os serviços prestados envolvem uma espécie de pareceria entre essas empresas.

No *trustee* visa-se administrar as contas da empresa cliente que passaria a trabalhar com caixa zero. Para Rogério Alexandre “essa modalidade abrange com propriedade ainda maior o instituto do fomento mercantil, pois busca algo mais para o desenvolvimento da atividade econômica em que se encontra inserida a sua cliente.”²⁸

O objeto deste contrato é a prestação dos serviços diferenciados,

²⁷ BRITO, M. H. *O factoring internacional e a Convenção do Unidroit*. Portugal: Cosmos, 1998. p. 24.

²⁸ CASTRO, op. cit., p. 33-34.

caracterizados justamente pela confiança que a faturizada tem na empresa de fomento mercantil. Como não ocorre a cessão dos créditos, mas a prestação de serviços, a remuneração não será o fator, mas o *ad valorem* dos títulos que são entregues, através de endosso-inandato, à faturizadora, para que esta possa cuidar das contas da empresa cliente. Este *ad valorem* para DONINI corresponde, como acima dito, à remuneração pelos serviços prestados, definindo-o como “a comissão cobrada sobre o valor de face de cada título ou borderô apresentado para negociação (...) podendo ter outra base de cálculo, não necessariamente, o valor de face do título ‘*ad valorem*’.”²⁹

Nesta modalidade é que a atividade de fomento mercantil pode ser mais facilmente identificada, uma vez que o *trustee* busca ampliar e melhorar o campo de atuação das pequenas e médias empresas, empresas-clientes, administrando as suas contas, assessorando-as na expansão de seus negócios, além de efetuar a compra dos direitos creditórios, pois aquelas muitas vezes não têm recursos financeiros e físicos para realizar estas atividades que a faturizadora realiza.

2.4.5 Matéria-prima

Nesta modalidade de *factoring* a faturizadora faz a intermediação da compra de matéria-prima para seu cliente, negociando diretamente frente ao fornecedor, visando obter um melhor preço na compra.

A empresa cliente deve enviar à faturizadora a descrição dos bens ou insumos que pretende adquirir, assim como o quantidade e a qualidade dos referidos bens. Posteriormente a empresa de fomento mercantil autoriza a compra da matéria-prima, responsabilizando-se pelo pagamento à vista, contudo deve ocorrer a emissão de duplicata a prazo contra a faturizada. Com a venda dos produtos que forem industrializados, formados a partir da matéria-prima comprada com o “financiamento” da faturizadora, a faturizada emitirá títulos de crédito, sendo que estes servirão para amortizar a dívida desta com aquela.

Também pode ocorrer que a empresa de fomento mercantil faça diretamente a

²⁹ DONINI, op. cit., p. 05.

compra dos insumos pleiteados pela faturizada. Para DONINI, nesta modalidade ocorre a “**antecipação de recursos não financeiros** à faturizada para a aquisição de matéria-prima, por preço certo e determinado.”³⁰

A importância desta espécie de *factoring* é que a empresa cliente pode adquirir os bens que precisa para produzir, através de um valor menor, uma vez que a empresa faturizadora realiza o pagamento à vista dos produtos. Além disso, a faturizada pode continuar produzindo e pagar a sua dívida junto à empresa de fomento mercantil com os títulos de crédito conseguidos com a venda da matéria-prima industrializada

³⁰ DONINI, op. cit., p. 40.

3 REGULAMENTAÇÃO DO CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL E INSTITUTOS UTILIZADOS

Neste segundo capítulo analisar-se-á, mais profundamente, a forma como se constitui o contrato de *factoring*, considerando-se que este é caracterizado como atípico, uma vez que não possui regulamentação própria no direito pátrio. Diante disso, estudar-se-á os princípios gerais que o regem, assim como a atuação dos sujeitos que fazem parte do contrato de fomento mercantil.

Destaca-se, também, que o referido contrato é caracterizado como sendo misto. Utiliza-se, portanto, para sua concreção, de institutos que possuem uma regulamentação própria, como a cessão de crédito, o endosso, as duplicatas e os cheques. Verificar-se-á, neste capítulo, como estas figuras são empregadas nas transações realizadas pelas empresas de *factoring*.

3.1 CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL

O contrato de faturização é atípico, pois não tem todos os seus contornos delineados pelo nosso sistema jurídico.

O autor Fábio Ulhôa Coelho atribui a estes contratos a denominação de “bancários impróprios”³¹, uma vez que as empresas de *factoring* realizam atividades que se assemelham com as desenvolvidas pelos bancos, ou seja, a antecipação de recursos financeiros para empresas deficitárias. Sabe-se, entretanto, que esta espécie de financiamento realizado pelas faturizadoras se concretiza através de capital próprio da empresa de *factoring*. Esta não capta recursos e não compra créditos ou presta serviços com a utilização de capital de terceiros, como fazem as instituições bancárias, assim como não é regulamentada pelo Banco Central, necessitando, somente, que seus atos constitutivos sejam arquivados na Junta Comercial, sem que para tanto haja necessidade da autorização do Banco Central.

Destaca-se que a ausência de tratamento específico para esta forma contratual

³¹ COELHO, op. cit., p. 134.

não impede a sua realização, devendo, entretanto, obedecer aos requisitos gerais previstos em lei para a formação e validação, não contrariando os princípios gerais do direito, as normas de ordem pública e os bons costumes.

O artigo 421 do Código Civil garante que “ a liberdade de contratar será exercida em razão e no limites da função social do contrato”. Sabe-se que se a empresa de *factoring* atuar de acordo com as disposições da Anfac, realizando uma verdadeira atividade de fomento mercantil, estará, ao mesmo tempo exercendo relevante função sócio-econômica, uma vez que deve apoiar e impulsionar o crescimento e a atuação das pequenas e médias empresas. Nestes parâmetros, a função social do contrato está assegurada.

Também dispõe o Código Civil, no seu artigo 425 que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”, ou seja, ainda que não exista um delineamento jurídico para estes contratos, o referido diploma jurídico abre uma porta para a sua realização, asseverando, obviamente, que as cláusulas acordadas devem estar em conformidade como o ordenamento jurídico vigente, assim como com os princípios que sustentam este ordenamento, como acima mencionado.

3.1.1 Princípios Gerais que Orientam o Contrato de *Factoring*

O princípio da *autonomia da vontade* deve-se fazer presente na relação contratual. Este corresponde à liberdade que cada indivíduo tem para contratar e ter seu negócio tutelado pelo ordenamento jurídico em vigor.

Segundo Orlando Gomes “o conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade.”³²

A liberdade para contratar pode ser observada na decisão de contratar ou não, segundo os interesses e conveniência de cada um; na escolha da pessoa com quem se quer contratar; no poder de fixar o conteúdo do contrato; no poder de fazer a outra

³² GOMES, op. cit., p. 22.

parte contratante respeitar o conteúdo do contrato.

Destaca o autor Caio Mário que “este princípio não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. Por isso, dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito às restrições trazidas pela sobrelevância da *ordem pública*, e outro vai dar no *dirigismo contratual*, que é a intervenção do Estado na economia do contrato.”³³

Como se pode observar, para a formação de um negócio jurídico a autonomia da vontade não pode ser exercitada de forma plena. Os contratantes, devidamente capazes para exercer os seus direitos e de assumir as obrigações, deverão respeitar as normas cogentes impostas pelo Estado, como acima mencionado, uma vez que este, nos dias atuais, exerce forte intervenção na economia, fazendo com do contrato um complexo de normas compulsórias e voluntárias.

O princípio da *obligatoriedade* também atua nos contratos de fomento mercantil, determinando que estes façam lei entre as partes – *pacta sunt servanda* - desde que sejam celebrados de acordo com os requisitos necessários para a sua validade.

Essa força obrigatória dos contratos traz segurança para o negócio jurídico e isto interessa não somente às partes, mas também ao Estado, pois este deve garantir a referida segurança jurídica, a qual é um anseio de ordem geral.

Para Orlando Gomes, referindo-se ao princípio da força obrigatória dos contratos, assevera que “essa inteligência larga não se apresenta como corolário exclusivo da regra moral de que todo homem deve honrar a palavra empenhada. Justifica-se, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade ...”³⁴

Este princípio já não é mais absoluto. O nascimento de contratos como os de adesão, os quais possuem cláusulas pré-determinadas por um dos contratantes, ou as modificações na economia podem ser consideradas fatores que trazem certa

³³ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. 10. ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 10.

³⁴ GOMES, op. cit., p. 36.

relatividade para o princípio da obrigatoriedade. São exceções que o princípio da equidade impõe diante da referida intangibilidade do conteúdo dos contratos.

Também o princípio da *função social* do contrato, como acima explicado, deve incidir sobre o contrato de *factoring*, assim como o da *boa-fé*. Através deste, considera-se que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. As vontades expressas nas cláusulas contratuais devem sê-las de forma clara e autêntica, uma vez que a intenção deve prevalecer sobre a literalidade do conteúdo contratado.

Além destes princípios, deve-se observar quando da realização do contrato, para que este tenha validade no campo jurídico, se as partes manifestaram a vontade através de uma declaração livre de vícios; se o objeto contratado é lícito; se as partes têm capacidade para contratar; se observaram a forma adequada, quando esta estiver determinada em lei.

Então, ainda que atípico, formar-se-á o contrato de *factoring* através das cláusulas e formulações escolhidas pelas partes, aliadas às disposições jurídicas atinentes à matéria contratual.

3.1.2 Sujeitos da Relação Contratual, seus Direitos e suas Obrigações

O contrato de fomento mercantil é formado entre a empresa faturizadora e a contratante-faturizada, sendo que ambas deverão ser pessoas jurídicas ou empresárias de acordo com o novo Código Civil.

A faturizada corresponde à cedente dos créditos, endossante ou sacadora dos títulos. É esta que inicialmente possui os créditos comerciais e que recorre à empresa de *factoring* com o objetivo de fazer a cessão destes títulos ou de contratar algum dos serviços prestados pela faturizadora.

A empresa de fomento mercantil compra os títulos, *pro soluto* ou *pro solvendo* – para aqueles autores que admitem ambas as modalidades, assunto este que será tratado em momento oportuno - com a cobrança de um deságil, ou seja, a comissão (fator) aliada aos demais encargos (juros e correção monetária). Sabe-se que esta comissão, na modalidade *pro soluto* tende a ser maior, devido à assunção dos

riscos pela empresa de *factoring*. Esta pode, também, prestar serviços convencionais ou diferenciados, como acima esclarecido, cobrando para tanto uma comissão denominada *ad valorem*.

O sacado, devedor do título de crédito que será comprado pela faturizadora, não participa do contrato de fomento mercantil, todavia deverá ser notificado da referida cessão de crédito para que esta tenha validade frente àquele. Depois da notificação válida o devedor fica obrigado a pagar a dívida diretamente à faturizadora.

Deve-se destacar que ainda que a cessão de crédito tenha ocorrido na modalidade *pro soluto*, se o recebimento do valor do título cedido for frustrado por ato imputável ao cedente, como por exemplo, um vício na origem do título (fatura que não corresponda a uma venda efetiva), este ficará responsável pelo seu pagamento, tendo aquele, portanto, aquele direito de regresso contra este.

Através da cessão de crédito o faturizador terá direito de agir em nome próprio para cobrar as dívidas do sacado. O cedente-faturizado responderá, como acima dito, pela existência da dívida no momento em que ocorreu a cessão, cabendo ao faturizador, quando contratado, assumir os riscos pelo recebimento da dívida. Se o sacado, quando comerciante, estiver em processo falimentar ou requerido concordata, caberá à *factoring* habilitar-se com seus créditos nos referidos processos, para poder defender seus direitos.

Segundo Fran MARTINS, ao falar sobre os direito e obrigações do faturizador, dispõe que:

... as principais obrigações do faturizador são pagar ao faturizado as importâncias relativas às faturas que lhe são apresentadas e assumir o risco do não-pagamento, pelo devedor, das mesmas. Quanto aos direitos pode ele recusar a aprovação, total ou parcial, da contas que lhe são remetidas, cobrar as faturas pagas e deduzir, das importâncias creditadas ao faturizado, a sua remuneração, de acordo com o convencionado.³⁵

O mesmo autor menciona um direito especial do faturizador de examinar os livros referentes às transações realizadas pela faturizada com seus clientes. Isto é possível quando fica acordado que aquele fornecerá a esta informações sobre o

³⁵ MARTINS, op. cit., p. 480-481.

comércio em geral e sobre cada cliente em particular, sendo que isto ocorre devido à comunhão de interesses existente entre os contratantes, para que possam atingir os objetivos planejados, sem qualquer prejuízo para as partes.

Como já mencionado, uma das obrigações da faturizada é pagar a comissão contratada com o faturizador. Isto ocorre depois que a empresa cliente apresenta à *factoring* o borderô com os títulos de crédito que estão previstos para a cessão, juntamente com as cópias das faturas e demais documentos necessários para a referida transação, então, como se observa, é obrigação daquela apresentar a esta uma seleção de títulos comerciais para que a *factoring* possa escolher aqueles que melhor lhe aprouver, pois somente neste momento é que ocorrerá a aquisição dos créditos. A faturizadora deve, também, prestar as informações necessárias à empresa de fomento mercantil, referente aos clientes ou ao recebimento das dívidas.

A empresa de *factoring* terá direito ao recebimento do valor contratado, referente às faturas negociadas, assim como à prestação do serviço do modo como foi convencionado.

Verifica-se, dentro das considerações acima realizadas, que os direitos e as obrigações dos contratantes variam em razão da modalidade de *factoring* acordada, ou seja, dos tipos de serviços que serão prestados, assim como em razão da existência ou não de cessão de direitos creditórios dentro do contrato de fomento mercantil.

3.1.3 Características e Objeto do Contrato

Diante deste tema, cabe esclarecer que várias são as formas de apresentação das características dos contratos de fomento mercantil trazidas pelos doutrinadores, destacando-se que neste trabalho apresentar-se-ão aquelas consideradas mais importantes. Assim, estudar-se-á o contrato de *factoring* como sendo: atípico misto, consensual, bilateral, oneroso, aleatório ou comutativo, não solene e personalíssimo.

É considerado um contrato atípico porque não existe lei que o regulamente. Destaca-se que as leis que falam sobre fomento mercantil, como a Lei 8981/95, artigo 28, § 1º, letra c-4, ou a Lei 9249/95, somente definem o conteúdo destas atividades,

mas não as regulamentam integralmente. Todavia, deve-se mencionar que apesar da atipicidade, o contrato de *factoring* tem objeto próprio e características que o identificam como tal. Existem países em que as empresas de fomento mercantil estão devidamente reguladas pela lei, como o Peru, Itália, Portugal, dentre outros, deixando, portando, de ser um contrato socialmente típico para se tornar um contrato legalmente típico.

Esta ausência de regulamentação legal, no direito brasileiro, impôs que para a formação dos referidos contratos sejam observados os princípios supra mencionados no item 2.1.1, pois, como já citado, os contratos atípicos são permitidos, desde que não contrariem o direito vigente e os bons costumes.

O contrato de fomento mercantil além de atípico é misto, uma vez que é composto de várias operações, sejam estas civis ou comerciais, que estão devidamente reguladas em lei. Para Antônio Carlos DONINI “o contrato de fomento mercantil, mesmo não possuindo regras contratuais regulamentadas (atípico), envolve cessão de crédito, prestação de serviços e endosso, cujos institutos se encontram delineados em lei específica (típico).”³⁶

A consensualidade é encontrada no contrato de *factoring*, pois este se aperfeiçoa com o simples consentimento das partes, ou, como bem expõe Jose Leyva SAAVEDRA, “*su conclusión [contrato de factoring] opera en el mismo momento en que la factorada acepta la oferta de la empresa de factoring*”³⁷. Também é considerado bilateral, uma vez que cria direitos e obrigações para ambos os contratantes, sendo que, segundo o artigo 476 do Código Civil, nenhum dos contratantes poderá exigir o cumprimento da obrigação do outro antes de ter cumprida a sua.

Segundo DONINI “poderá ocorrer o simples inadimplemento do sacado-devedor e, nesse caso, se nenhuma cláusula foi estipulada (...) é o faturizador que suportará o prejuízo, pois não houve descumprimento contratual por parte do

³⁶ DONINI, op. cit., p. 127.

³⁷ SAAVEDRA, J.L. **El contrato de factoring**. Disponível em: <<http://www.comunidad.derecho/dmercantil>> Acesso em: ag. 2003.

faturizado”³⁸, todavia se este negociar títulos de créditos viciados na sua origem, o *factor* poderá exercer seu direito de regresso contra o faturizado, pois este é responsável, ainda que involuntariamente.

O contrato de *factoring* também é qualificado como oneroso, pois cabe ao faturizado pagar pelos serviços prestados pelo *factor*, isto é, as vantagens que cada uma das partes buscam somente serão alcançadas mediante o pagamento de uma prestação em favor do outro contratante.

Esta característica fica ainda mais acentuada quando se observa as atividades que são desempenhadas pelas empresas de *factoring*, quais sejam, resumidamente, financiamento, gestão de créditos e garantia diante da inadimplência dos sacados, sendo que diante destas inconcebível seria presumir-se a gratuidade dos referidos serviços. Arnaldo RIZZARDO afirma: “o contrato é essencialmente oneroso: cobram os faturizadores pela atividade que exercem. As taxas de remuneração fixam-se bem mais elevadamente que em outros setores de fornecimento de crédito, diante do risco a que se submetem as empresas que atuam no setor.”³⁹

Diante da cessão de créditos *pro soluto*, a remuneração ou o fator cobrado tende a ser maior que na cessão *pro solvendo*, pois naquela modalidade o *factor* assume totalmente os riscos pelo não recebimento do título de crédito adquirido.

Para DONINI, se a cessão ocorrer na modalidade *pro soluto* o contrato será “oneroso aleatório”, uma vez que “nos contratos aleatórios, o faturizador está exposto à alternativa de ganho ou perda em razão da incerteza no recebimento do crédito representado por duplicata ou cheque.”⁴⁰

Todavia, se no contrato de *factoring* for estipulado o direito de regresso, então este poderá ser classificado como oneroso e cumulativo, pois ambos os contratantes saberão, antecipadamente quais serão as vantagens e os sacrifícios que se submeterão. Para SAAVEDRA “... *el factoring es un contrato conmutativo ... porque en el acto mismo de estipulación de este negocio, cada una de las partes, es decir, la empresa de*

³⁸ DONINI, op. cit., p. 129.

³⁹ RIZZARDO, op. cit., p. 31.

⁴⁰ DONINI, op. cit., p. 129.

*factoring y la factorada, realizan la valoración del sacrificio y la ventaja que le depara su celebración”.*⁴¹

Cabe salientar que o contrato de fomento mercantil não pode ser considerado solene, pois não há uma forma prescrita em lei. Aperfeiçoar-se-á independente de ter o modo escrito ou não, necessitando somente do livre consentimento das partes para que alcance sua validade jurídica. Para Arnaldo RIZZARDO “não pode considera-se como obrigatória a forma escrita. A simples entrega de títulos, com o recebimento do valor correspondente, enseja o reconhecimento do contrato.”⁴²O mesmo autor assevera que a forma não é determinante, mas que para efeitos probatórios é recomendável que o contrato seja realizado por escrito.

Este contrato é personalíssimo, uma vez que faturizador e faturizado procuram se conhecer para que possam negociar. Isso é bem visível na modalidade *trustee*, de *factoring*, pois nesta existe uma parceria entre as empresas em razão da prestação dos serviços diferenciados.

O *factor* para poder adquirir os créditos comerciais precisa conhecer a atuação da faturizada no mercado financeiro, saber quais são seus clientes, assim como suas características. O caráter *intuitu personae* traz a confiança necessária para o exercício desta atividade de fomento. Deve-se ressaltar que à faturizada também importa o conhecimento sobre a empresa de *factoring* que irá contratar, pois necessita saber se ela está vinculada à ANFAC, assim como é a sua atuação no mercado financeiro, com o fim pressípuo de fugir das empresas agiotas que funcionam como “falsas *factorings*”.

Quanto ao objeto do contrato de *factoring*, pode-se afirmar que são as várias atividades de fomento mercantil, as quais se concretizam através da prestação de serviços, uma vez que esta deve ser ampla e variada como requer, atualmente, o mercado. Se diante das necessidades das empresas, com potencial para serem clientes

⁴¹ SAAVEDRA, J.L. *El contrato de factoring*. Disponível em: <<http://www.comunidad.derecho/dmercantil>>. Acesso em: ag. 2003.

⁴² RIZZARDO, op. cit., p. 32.

das faturizadoras, a empresa de *factoring* não conseguir prestar a gama necessária de serviços, estará fadada ao insucesso.

Destaca-se, como já realizado no item 1.4 deste trabalho, que os serviços normalmente prestados pelo *factor* são, dentre outros, a administração de contas, a intermediação para aquisição de matéria-prima, a prestação de serviços de consultoria comercial. Apesar do amplo objeto de prestação de serviços, o mais utilizado é a compra de créditos para obtenção de capital de giro – financiamento. SAAVEDRA afirma que *“el predominio de esta finalidad es patente, obvia, debido en lo fundamental a que el factoring tiene como uno de sus principales objetivos ofrecer a las empresas, particularmente a las pequeñas y medianas, un canal de financiamiento complementario a las líneas de crédito tradicionales que ofrece el mercado [sem grifos no original].”*⁴³

Como se pode observar, o *factoring* é visualizado por parte da doutrina como uma fonte de complemento a outras espécies de créditos existentes no mercado financeiro, como os bancos, por exemplo.

Ocorre que, segundo o presidente da Anfac, ao comentar a forma de avaliação da concessão dos créditos realizada pelas instituições financeiras, assevera que:

*‘o banco avalia crédito dentro da sua metodologia própria, levando em conta o patrimônio líquido do cliente. Como a pequena e média empresa tem pequeno capital, consequentemente terá um limite de crédito muito pequeno. Com a operação de factoring, com o risco voltado para o sacado, essa empresa cliente poderá dispor de um limite maior de capital de giro para atender às necessidades normais de seu negócio [sem grifos no original].’*⁴⁴

Nos últimos anos tem ocorrido uma espécie de concentração bancária, ou seja, alguns bancos têm desaparecido ou têm sido incorporados por outros em razão da má-gestão daqueles ou da incapacidade de arcar com os vultosos investimentos que exigem as constantes inovações tecnológicas. A referida concentração faz com que

⁴³SAAVEDRA, J.L. *El contrato de factoring*. Disponível em: <<http://www.comunidad.derecho/dmercantil>> Acesso: ag. 2003.

⁴⁴ LEITE, L. L. *Custos das operações de factoring*. Entrevista disponível em: <<http://www.diarionet.com.br>> Acesso em: 12/08/03.

estes grandes bancos operem mais freqüentemente com as grandes empresas, em razão dos riscos menores que estas representam.

Diante deste quadro, as pequenas e médias empresas, que representam um maior risco de inadimplemento e têm menor lucro em relação às grandes empresas, têm dificuldades em conseguir financiamento junto aos bancos, pois são exacerbadas as garantias assim como os requisitos por estes exigidos para fornecer o referido fomento. Frente a todas estas considerações verifica-se, portanto, que o principal motivo do crescimento do número de empresas de *factoring* é o fornecimento capital de giro para as pequenas e médias empresas – clientela alvo - com menor burocracia, ou seja, menos entraves nas negociações.

3.1.4 Remuneração

O *factor*, diante da prestação de serviços contratados cobrará uma comissão, denominada de *ad valorem*. Se além dos serviços prestados a empresa de *factoring* realizar um financiamento, através da compra de títulos de crédito da empresa cliente, cobrará para tanto o fator, que é o deságil entre o valor de face do título e o que realmente será pago por ele, ressaltando-se que se o contrato for realizado com cláusula *pro soluto*, este ágil será ainda maior, pois a empresa de fomento assumirá os riscos pelo não adimplemento ou impontualidade do sacado.

Deve-se acrescentar que para calcular o fator somar-se-ão o valor da correção monetária, da taxa de risco, das despesas operacionais, dos impostos e dos juros, sendo que estes representarão os rendimentos do capital cedido desde o pagamento do título de crédito até o recebimento do seu valor pelo faturizador. Todavia, cabe esclarecer que se na teoria a situação se apresenta desta forma, na prática ela pode ser modificada em razão da oferta e da procura, ou seja, em razão da lógica do mercado. Para DONINI, “as empresas de *factoring* acompanham os juros que as instituições financeiras cobram na operação de desconto de duplicatas, indisfarçadamente”⁴⁵, pois são empresas e como tais devem garantir seus clientes, assim como seus lucros. O

⁴⁵ DONINI, op. cit., p. 22.

renomado autor Luiz Lemos LEITE observa que “o preço de compra do crédito, como em qualquer transação mercantil, tem de levar em conta o custo-oportunidade da empresa de factoring, sua carga fiscal – que é pesada – seus custos operacionais (fixos e variáveis), as despesas de cobrança dos títulos e a *expectativa de lucros, já que é uma empresa comercial criada para obter lucro* [sem grifos no original].”⁴⁶

Segundo Arnaldo RIZZARDO, ao falar dos riscos que são suportados pelas empresas de fomento mercantil e de sua remuneração, lembra que se deve “... admitir uma compensação, que não se satisfaz com a taxa de juros, ou mesmo a exigência de despesas operacionais. Trata-se de contraprestação pela garantia contra o risco da inadimplência, bem como do pagamento pela atividade de gestão de crédito.”⁴⁷

No tocante à prestação de serviços o cálculo da comissão é diferenciada, pois este leva em consideração outros fatores, como por exemplo a espécie de serviço que será prestada. Segundo DONINI⁴⁸, na prestação dos serviços diferenciados, a remuneração poderá ter como base a receita do faturizado, uma vez que esta modalidade está ligada à co-gestão, administração e parcerias entre a empresa cliente e o faturizador. Contudo, diante dos serviços convencionais, como a avaliação dos clientes, o acompanhamento de contas a receber e a pagar, ou seja, na prestação de serviços usuais, a remuneração poderá ter como base o valor dos títulos que serão cedidos, se aqueles estiverem ligados à compra de direitos creditícios, ou poderá haver acordo entre as partes para a estipulação do *ad valorem*.

Todavia, quando não for estipulado o valor dos serviços contratados, a fixação ocorrerá por arbitramento, conforme estipula o artigo 596 do Código Civil: “não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, *segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade*.” (sem grifos no original)

Para Luiz Lemos LEITE “hoje, o custo de uma operação de *factoring* inclui

⁴⁶ LEITE, L. L. **Custos das operações de *factoring***. Entrevista disponível em: <<http://www.diarionet.com.br>> Acesso em 12/08/03.

⁴⁷ RIZZARDO, op. cit., p. 88.

⁴⁸ DONINI, op. cit., p. 23-24.

uma comissão pela prestação de serviços (de essência do *factoring*), mais o fator de compra dos créditos. *Essa operação custa, ao final, cerca de 4% ao mês* [sem grifos no original].⁴⁹,

Como se pode observar, o *factoring* é uma operação cara que nem sempre pode ser utilizada pela empresa, pois esta terá que diminuir sua margem de lucro ou vender mais caros seus produtos para poder fazer frente aos custos que são impostos pelo faturizador. Ocorre que, muitas vezes a empresa cliente não tem muita escolha, pois diante de uma vendas a prazo necessitará de capital de giro suficiente para poder dar andamento normal as suas atividades dentro da empresa. Diante deste quadro haverá situações em que terá que recorrer a um financiamento, o qual, por motivos acima expostos, não será conseguido via banco, fazendo com que o empresário tenha que recorrer à empresa de *factoring*.

3.2 INSTITUTOS LEGAIS UTILIZADOS NO CONTRATO DE *FACTORING*

O *factoring*, como exposto no ponto 2.1.3, é um contrato atípico misto. Considera-se atípico porque este não possui uma legislação específica regulamentando-o, como ocorre, por exemplo, com o contrato de doação ou de compra e venda. Todavia, este contrato utiliza, para a sua concreção, de institutos já regulamentados pelo ordenamento jurídico, sejam eles civis ou comerciais, destacando-se a cessão de crédito, a prestação de serviços, o endosso, a duplicata e o cheque.

3.2.1 Cessão de Crédito e Prestação de Serviços

A explicação mais aprofundada sobre estas duas figuras do direito civil foi realizada no primeiro capítulo deste trabalho, nos tópicos 1.3.1 e 1.4. Cabe, todavia, tecer algumas considerações.

⁴⁹ LEITE, L. L. *Custos das operações de factoring*. Entrevista disponível em: <<http://www.diarionet.com.br>> Acesso em 12/08/03.

O cliente do *factoring* se utiliza da cessão de créditos para conseguir recursos com a finalidade de fomentar as atividades de sua empresa, como ocorre diante da aquisição de matéria-prima para a produção ou, ainda, diante da aquisição de capital de giro para atender às necessidades básicas, como pagamento de funcionário ou de fornecedores. Como se observa, os recursos que são pela faturizada tomados são utilizados na cadeia produtiva, ou seja, a empresa cliente não pode ser enquadrada como consumidora, pois segundo a definição do CDC “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”⁵⁰

Ocorre que segundo a definição clássica o *factoring* é visto como “a prestação contínua e cumulativa de serviços de acessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos, de acompanhamento de contas a receber e a pagar e outros serviços, conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos de empresas resultante de suas vendas mercantis, a prazo, ou de prestação de serviços”⁵¹, sendo que se excluem das referidas compras de ativos mercantis as transações de consumo, as quais são representadas pela compra de produtos que destinam ao uso pessoal ou doméstico.

Afirma Antônio Carlos DONINI que “o cliente de *factoring* (faturizado) na cessão de crédito apresenta-se como tomador de recursos para fomentar a sua empresa, ou seja, para ser empregado em sua atividade ou cadeia produtiva (linha de produção, montagem, transformação de matéria-prima, aumento de capital de giro e pagamento de fornecedores) que não se enquadra como consumidor ou destinatário final”⁵²

Doutrinariamente, portanto, o contrato de fomento mercantil, diante da compra

⁵⁰ Lei 8.078/90, artigo 2º.

⁵¹ Definição esta que se encontra no artigo 1º do Projeto de Lei nº 230/95, da autoria do Senador José Fogaça, assim como no artigo 28 da Lei 8981/95, a qual foi ratificada pela Resolução 2144/95 do Conselho Monetário Nacional. Esta conceituação também foi aprovada pela Convenção Diplomática de Ottawa, realizada em maio de 1988 para discutir os aspectos relacionados com o *factoring*, dando origem a um acordo internacional do qual o Brasil é um dos 53 países signatários.

⁵² DONINI, op. cit., p. 68.

de ativos financeiros, não pode ser regulado pelo Código de Defesa do Consumidor⁵³. Observa-se, entretanto, que a definição de *factoring* não se restringe à compra destes títulos de crédito, estabelecendo um rol de serviços que podem ser prestados pela faturizada. Nestes casos, em que o contrato versa sobre prestação de serviços, a questão sobre a relação de consumo parece ser mais complexa.

O renomado autor Luiz Lemos LEITE afirma que é “a prestação de serviços que historicamente caracteriza o início de uma operação de *factoring*. A empresa de *factoring*, contribuinte do ISS, é a prestadora de serviços, atividade integrada no contrato de fomento mercantil e respaldada nos artigos 1216 e 1236 do Código Civil”⁵⁴, destacando-se que os referidos serviços deverão ser remunerados de acordo com o preço que for ajustados pelos contratantes.

Sabe-se que dentre os serviços que podem ser prestados pela empresa de fomento mercantil existem aqueles que exigem maior parceria entre empresa cliente e faturizador, como nos casos de co-gestão empresarial, mais freqüentemente verificados na modalidade *trustee* de *factoring*. Segundo Luiz Lemos Leite, é “através desse produto *trustee* as sociedades de fomento mercantil praticam ortodoxamente o *factoring*, prestando serviços de alta qualidade. Dá assessoria à sua cliente na seleção de riscos até a venda final de seus produtos, passando pela administração de contas a receber, de contas a pagar e de todo o seu planejamento.”⁵⁵

Verifica-se, diferentemente do que ocorre diante da compra de ativos financeiros, que as empresas clientes utilizam-se dos serviços como consumidoras

⁵³ Toshio MUKAI assevera que não pode ser considerado consumidor aquele que se utiliza de produtos ou serviços “na condição de empresário de bens e serviços com a finalidade de intermediação ou mesmo como insumos ou matérias-primas para transformação ou aperfeiçoamento com fins lucrativos” - sem grifos no original - (MUKAI, T.; COELHO, F. H.; FILHO, et al. OLIVEIRA, J. de (Coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 06).

⁵⁴ LEITE, L. L. **Factoring no Brasil**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1996. p.95.

⁵⁵ LEITE, L. L. **Factoring – fomento é instrumento anti-recessivo**. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 06 dez. 1990.

finais⁵⁶. Ainda que se afirme que os referidos serviços contribuirão para a ampliação da clientela, para a melhor administração da empresa ou, ainda, para se evitar os prejuízos, uma vez que a faturizadora pode verificar a adimplência dos clientes e controlar as contas da faturizada, estes fatos podem ser considerados como benefícios que aqueles serviços podem trazer para os seus tomadores, os quais se assemelham a consumidores por serem os seus destinatários finais. De acordo com o artigo 2º, §2º do CDC, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Os serviços mencionados pelo artigo retro descrito referem-se tanto àquelas atividades que são prestadas profissionalmente e com habitualidade, como é o caso das empresas de *factoring*, quanto àqueles que são prestados esporadicamente, sendo que em ambos os casos devem ser realizados mediante o pagamento de uma remuneração.

Portanto, levando-se em consideração os argumentos acima apresentados, poder-se-ia afirmar que esta espécie de contrato também pode ser controlado pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.2.2 Endosso

Duas são as figuras que servem para transferir os direitos de um título de crédito: o endosso e a cessão de crédito. O endosso serve para transferir os documentos que têm natureza cambial⁵⁷, promovendo a circulação destes.

É através do endosso que o endossante, por meio de uma declaração unilateral de vontade, transfere a propriedade do título de crédito ao endossatário, com todos os direitos que estão contidos no título. Esclarece Eduardo de Souza CARMO que “a

⁵⁶ José Geraldo Brito FILOMENO afirma que os serviços de cobrança de contas de energia elétrica, água e outros serviços, como a expedição de extratos-avisos, enquadram-se naquelas relações reguladas pelo CDC, uma vez que *o conceito de prestação de serviços deste diploma legal deve ser analisado de forma ampla* (FILOMENO, J. G. B. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 37-38).

⁵⁷ O Decreto nº 57.663/66 - LUG - no seu artigo 11 estabelece que “toda a letra de câmbio, mesmo que não envolva expressamente a cláusula à ordem, é transmissível por via de endosso”.

‘transferência’ por endosso produz fundamentalmente três notáveis séries de efeitos: 1) transfere os direitos do endossante; 2) confere direitos contra o endossante e, 3) outorga ao endossatário um direito melhor que o possuído pelo endossante.”⁵⁸

A cessão de crédito, por sua vez, é um contrato bilateral, regulado pelo direito civil. Nesta, diferentemente do que ocorre no endosso, a nulidade de um ato determina a nulidade dos atos posteriores⁵⁹. Para o ilustre autor Antônio Carlos DONINI, nas operações de *factoring* predomina o caráter contratual em relação ao cambial, uma vez que a cessão de crédito é a espinha dorsal das operações de *factoring*. O referido doutrinador cita em sua obra a afirmação de Jacobo LEONIS, a qual enfatiza que “embora não seja o único instituto utilizado, pois, para a tradição do título (duplicata ou cheque) indispensável o endosso, onde se aplica a Lei Uniforme, a cessão de crédito é a figura jurídica que mais se aproxima do contrato de *factoring*.”⁶⁰

Para Fábio Konder COMPARATO, seguindo o entendimento acima descrito, em que pese o fulcro da operação de *factoring* ser a cessão de crédito a título oneroso, quando ocorrer a emissão de títulos, a transferência destes obedecerá a regras próprias, portanto “nos títulos à ordem, há necessidade de endosso.”⁶¹

Ocorre que, como supra referido, ao transmitir a propriedade do título o endossador, como qualquer outro signatário da letra, responderá solidariamente pelo adimplemento do título de crédito, sendo que desta afirmação extrai-se a conclusão de que o endossatário adquire um direito melhor que o possuído anteriormente pelo endossador. Para Eduardo de Souza CARMO, “o endossatário não recebe um direito

⁵⁸ CARMO, E. de S. Endosso sem garantia e “factoring”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Ano XXVII, nº 71, jul-set/1988. p. 55-56.

⁵⁹ Rubens REQUIÃO assinala que “o endosso confere direitos autônomos, enquanto que da cessão resultam direitos derivados. No endosso, a nulidade de um não afeta os endossos posteriores, devido à autonomia das relações cambiárias.” (REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*. 18. ed. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 331).

⁶⁰ LEONIS, J. O contrato de *factoring*. *Revista Forense*, vol. 253, *apud* DONINI, op.cit.,p.79.

⁶¹ COMPARATO, F. K. Factoring. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Ano XI, nº 06, 1972. p. 64.

que lhe transferiu o endossante, mas um direito novo, um direito originário, (...) um direito que está livre das exceções e das defesas que, em razão de eivas da obrigação subjacente, de um Direito comum, pudessem afetar a exigibilidade do crédito pelo endossante, mas que, de maneira alguma, pode afetá-la em relação ao endossatário”⁶², sendo este o princípio da inoponibilidade das exceções.

Ocorre que na operação de *factoring*, como já assinalado, o faturizado não se torna garante, seja solidária ou subsidiariamente, pelo inadimplemento do sacado. Deve-se perguntar, portanto, diante de todas as características supra referidas, como que a figura do endosso vai ser utilizado no contexto das operações de *factoring*, sendo que as empresas de fomento mercantil, no modelo clássico, não podem exercer seu direito de regresso contra o faturizado?

Para a Lei Cambial nº 2.044/1908, o endosso não admite qualquer restrição, enfatizando, no seu artigo 44, IV, que qualquer cláusula que exclua ou que restrinja a responsabilidade do endossante será considerada como não escrita. Todavia a Lei Uniforme de Genebra, que trata sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, ameniza o rigor da mencionada regra, estabelecendo, no seu artigo 15 que “o endossante, *salvo cláusula em contrário*, é garante tanto da aceitação quanto do pagamento da letra”. (sem grifos no original)

Como se pode constatar, o artigo 15 da LUG, através da exceção contida no seu bojo – “salvo cláusula em contrário” - permite que os empresários se utilizem de uma figura denominada pela doutrina de endosso sem garantia, o qual teria como única finalidade a circulação do título de crédito, sendo esta de fundamental importância para os contratos de fomento mercantil, uma vez que permitem às empresa clientes o levantamento do capital de giro de que necessitam para consecução de suas atividades quotidianas. Destaca o doutrinador CARMO que “o referido texto legal afirmou, de modo taxativo, sobre o *endosso sem garantia*, a fim de prevenir dúvidas que poderiam advir na hermenêutica do art. 12 da Lei Uniforme, que preceitua deve ser o endosso *puro e simples*, considerando-se como não escrita qualquer condição a que esteja ele

⁶² CARMO, E. de S. Endosso sem garantia e “factoring”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Ano XXVII, nº 71, jul-set/1988. p. 56.

subordinado⁶³,”

Neste contexto, cabe mencionar que no Brasil o único documento capaz de representar compra e venda mercantil a prazo, com efeito de circulação, é a duplicata. O artigo 25 da Lei de Duplicatas expressamente admite a estipulação de cláusula que limita a garantia do endossatário, ao mencionar que a ela se aplicarão os dispositivos da Lei Uniforme de Genebra (LUG).

A doutrina brasileira é unânime ao afirmar que somente o endosso sem garantia pode ser utilizado nas operações de *factoring*, considerando-se que diante deste o endossante restaria isento quanto à responsabilidade diante do pagamento, em caso de inadimplência do sacado, assim como protegido contra eventuais ações que o portador do título possa ajuizar.

Segundo Luiz Lemos Leite, somente o endosso sem garantia, que apenas pode ser realizado na modalidade em preto, é que poderá configurar uma operação de *factoring*, devendo-se, portanto, no momento da transferência do título de crédito, nomear a sociedade de fomento mercantil que comprou os direitos nele existentes. O referido autor afirma que somente o endosso sem garantia é capaz de “...caracterizar e distinguir, de forma cabal e inquestionável, uma operação de *factoring* e não a de *desconto*.”⁶⁴

Fran MARTINS ao discorrer sobre este tema, considerou o endosso sem garantia como uma “solução apenas aparente”. Segundo o festejado autor, diante da emissão de duplicatas de fatura, o emitente ou sacador, que no caso da duplicata é o vendedor, pode exonerar-se da aceitação do título, mas não poderá se eximir do pagamento deste. Afirma que “*como emissor do título não pode ele eximir-se da responsabilidade de pagar à pessoa a quem a duplicata foi transferida, já que a lei, aplicável às duplicatas, estatui peremptoriamente que ‘toda e qualquer cláusula pela qual ele se exonere da garantia de pagamento considera-se não escrita’*” (Lei Cambial, art. 15, 2^a al.).⁶⁵

⁶³ Ibid., p. 58.

⁶⁴ LEITE, L. L. **Factoring no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p.162.

⁶⁵ MARTINS, op. cit. p. 474.

O referido autor afirma que para que o contrato de fomento mercantil fosse regularmente exercido, far-se-ia necessário uma modificação no artigo 2º da Lei de Duplicatas nº 5474/68, para permitir que outros títulos, como a letra de câmbio, por exemplo, pudessem servir para documentar contratos de compra e venda mercantil.

Como se pode perceber, Fran Martins assevera que a LUG permitiu o endosso sem garantia. Ocorre que no artigo 9º da referida Lei Uniforme estipula que o sacador pode exonerar-se da aceitação do título de crédito, mas toda e qualquer cláusula que o exonere do pagamento considerar-se-á como não escrita.

Observa-se portanto, que ainda que o artigo 15 da Lei Uniforme seja mais benéfico que a Lei Cambial nº 2.044/08, ele poderá ser aplicado com sucesso, no caso dos contratos de fomento mercantil, somente quando o endossante não for o sacador do título, mas um intermediador entre este e o sacado, pois aquele, segundo o artigo 9º da LUG, não poderá exonerar-se do referido pagamento.

Entretanto, ainda que não se admita a validade da cláusula que, quando acordada, impeça o exercício do direito de regresso perante o endossante/sacador do título, por se constituir em um endosso sem garantia, deve-se reconhecer que como foi um pacto celebrado entre as partes, deverá, entre elas, surtir seus devidos efeitos. O problema retorna quando o endossatário resolver fazer circular o título, uma vez que a cláusula estipulada não valerá diante de terceiros.

Diante destes problemas que foram levantados é que Fran Martins conclui que para o regular exercício do *factoring* no Brasil seria necessária a modificação do artigo 2º da Lei de Duplicatas, como acima mencionado. Se a letra de câmbio pudesse servir como documento hábil para a cobrança de vendas a prazo, esta poderia ser sacada pelo faturizador contra o sacado, “...sendo resguardada, desse modo, a característica principal do contrato de faturização, que é a isenção da responsabilidade do faturizado ou cedente do crédito pelo pagamento deste por parte do comprador.”⁶⁶ Para este autor resta, portanto, a impossibilidade de se contratar uma operação de *factoring* neste país até que seja realizada uma reforma legislativa.

Apesar desta problematização trazida por Fran MARTINS, para outros

⁶⁶ Ibid., p.475.

doutrinadores como Eduardo de Souza CARMO, Fábio Konder COMPARATO e Luiz Lemos LEITE, supra referidos, ao se transferir um título de crédito via endosso sem garantia, o endossante⁶⁷ estará protegido contra futuras ações do portador deste título com vistas ao recebimento da obrigação cartular, afirmações estas que fazem com fundamentação no artigo 15 da LUG, assim como na norma permissiva do artigo 25 da Lei de Duplicatas nº 5.474/68.

3.2.3 Duplicata

A duplicata é o único título hábil para representar as transações mercantis que se constituem através de vendas a prazo ou através da prestação de serviços. Para Rubens Requião a duplicata comercial pode ser conceituada como “um título formal, circulante por meio de endosso, *constituindo um saque fundado sobre o crédito proveniente de contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços, assimilado ao títulos cambiários por força de lei* [sem grifos no original].”⁶⁸

Antônio Carlos DONINI afirma que no Brasil, além do cheque e da duplicata, “não existe outro título que poderá substituir ou representar crédito decorrente do faturamento da empresa”⁶⁹, isso porque a lei das duplicatas afirma, no seu artigo 1º, que “não será admitida qualquer outra espécie de título para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador”.

Em um contrato de compra e venda mercantil o vendedor estará obrigado a emitir a fatura, sendo que esta corresponde a um documento onde serão discriminadas

⁶⁷ Há decisões jurisprudenciais sobre a impossibilidade do exercício do direito de regresso contra o endossante do título de crédito, senão vejamos:

FACTORING. DIREITO DE REGRESSO. ENDOSSO. SENDO O FACTORING UMA OPERAÇÃO DE RISCO, ASSUME O FATURIZADOR A RESPONSABILIDADE PELA INADIMPLÊNCIA DOS SACADOS, EIS QUE O CRÉDITO É CEDIDO EM CARÁTER DEFINITIVO, CESSIO PRO SOLUTO, NÃO SE PODENDO FALAR EM DIREITO DE REGRESSO. O endosso é a forma típica e exclusiva de transferência dos documentos cambiais, não existindo um endosso específico para cada tipo de título de crédito. (Apelação nº 120.719-2/01, 6ª Câ., TAMG, relator Pedro Henrique, 26/03/92).

⁶⁸ REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*. 18. ed. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 442.

⁶⁹ DONINI, op. cit., p. 174.

as mercadorias que foram vendidas ao comprador ou o número e valores das notas de entrega, que são expedidas durante a venda. Rubens REQUIÃO acrescenta que “o vendedor extrairá a respectiva fatura para a apresentação ao comprador, em todo o contrato de compra e venda mercantil que for efetuado entre partes no território nacional, com prazo não inferior a trinta dias, contados da data da entrega ou despacho das mercadorias”⁷⁰.

Ocorre que se a emissão da fatura é imposta ao comerciante⁷¹ como uma obrigação, a extração da duplicata é facultativa⁷², todavia, como acima mencionado, esta é o único título admitido para circulação com efeito comercial nos casos de compra e venda mercantil e de prestação de serviços, constituindo-se, portanto, uma espécie de título causal, o qual poderá ser transferido via endosso.

Para Fran MARTINS, quando a lei afirma que a duplicata é extraída para poder circular com efeitos comerciais, “quer na realidade, caracterizar esse documento como um título de crédito, o que, aliás, se evidencia no art. 25, em que é dito que são aplicáveis à duplicata, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento da letra de câmbio.”⁷³ Portanto, a duplicata pode ser emitida sem ter que necessariamente ser colocada em circulação, mas para servir como garantia daquele que a extraiu, uma vez que a duplicata de fatura ao ser equiparada a um título de crédito, estará sujeita ao processo de execução, pois, de acordo com o artigo 585, inciso I, do CPC, a duplicata é considerada um título executivo extrajudicial.

Portanto, a duplicata tem duas funções pressúpuas: circulação do crédito e

⁷⁰. REQUIÃO, op. cit., p. 441.

⁷¹O artigo 2º da Lei 5.474/68 - Lei das Duplicatas - estabelece que “no ato da emissão da fatura, *dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação com efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador*[sem grifos no original]”.

⁷² Para a empresa que é prestadora de serviços, tanto a emissão da fatura quanto a extração da duplicata são facultativas, como se depreende do artigo 20 da Lei das Duplicatas, o qual dispõe que “as empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, *poderão, também, na forma desta Lei, emitir fatura e duplicata* [sem grifos no original]”.

⁷³MARTINS, F. **Títulos de crédito**. 1. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 188.

garantia de seu recebimento. Diante desta, ao reconhecer a dívida através do aceite, o comprador ou o contratante do serviço assume-se como devedor da importância que está mencionada na cártula, estando o portador desta garantido pelo recebimento da quantia devida, podendo, caso haja necessidade, utilizar-se dos meios judiciais para obter o pagamento.

Cabe destacar que a duplicata é de fundamental importância dentro da prática do *factoring*, pois é através da compra desses faturamentos que a maior parte dos contratos de fomento mercantil se concretiza.

Antônio Carlos DONINI afirma que por ser a duplicata um título criado unilateralmente pelo sacador, o aceite do sacado não constitui condição essencial para a sua existência ou para a sua transferência. Ocorre que devido a esta característica as duplicatas têm sido “utilizadas de forma ardilosa por comerciantes que não se intimidam em emití-las (saque) de forma ilícita, sem os correspondentes serviços prestados ou venda mercantil, com o objetivo de saquear imprevidentes e experientes empresas de *factoring*.”⁷⁴

O referido doutrinador adverte que as empresas de fomento mercantil, devido à credibilidade do título e da confiança que têm nas empresa-clientes, estão se tornando vítimas de “pseudo-empresários”, os quais emitem duplicatas frias, com o intuito de receber duas vezes, ou seja, do sacado pelos valores já cedidos e da *factoring*, pois não fazem o devido repasse do dinheiro, apropriando-se indebitamente.

Destaca-se que tanto a emissão quanto o aceite de duplicatas simuladas, que não correspondam a uma venda mercantil ou a uma prestação de serviços, constituem infração penal na forma da lei. O artigo 26 da Lei das Duplicatas alterou o artigo 172 do CP, passando este a dispor que “expedir ou aceitar duplicata que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma venda efetiva de bens ou a uma real prestação de serviços: Pena – detenção, de 1(um) a 5 (cinco) anos, e multa equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor da duplicata”.

Como se observa a simples expedição da duplicata que não corresponda a uma venda efetiva ou a uma concreta prestação de serviços constitui crime. Se o aceitante

⁷⁴ DONINI, ob. cit., p. 174.

realizar a aposição de seu aceite, concorrerá para a prática do delito.

Todavia, contrariamente ao que dispõe DONINI, Fran MARTINS é taxativo ao afirmar que na duplicata o aceite é obrigatório, uma vez que o artigo 8º da Lei 5.474/68⁷⁵ especifica exatamente em quais situações o sacado pode deixar de apor seu aceite. Considera, este autor, que os motivos são taxativos, “já que o referido inciso legal declara que ‘o comprador só poderá deixar de aceitar a duplicata...’, sendo que a palavra só não apenas afasta a possibilidade de ser recusado o aceite por outros motivos como torna evidente que o aceite na duplicata é obrigatório.”⁷⁶

Em se aceitando a possibilidade da existência da duplicata sem o aceite do sacado, caberá às empresas de fomento mercantil a precaução e a análise destes direitos creditórios que serão adquiridos, pois diante do borderô de títulos de crédito que recebem das faturizadas, aquelas podem verificar a procedência dos ativos que serão negociados, comprando somente os que melhor lhes aprouver, pois é este o momento que podem, antecipadamente, verificar a existência de algum vício na constituição do título, evitando-se, assim, maiores prejuízos.

Neste diapasão, Antônio Carlos DONINI assevera que “a duplicata sem aceite não se descaracteriza como título cambial, não deixando de ser duplicata, uma promessa de pagamento.”⁷⁷

Segundo este doutrinador, o portador da duplicata sem aceite poderá cobrar o sacado ou, ainda, executá-lo, comprovando que existiu um contrato de compra e venda mercantil e que as mercadorias foram regularmente entregues, protestando-se o título para posterior execução.

Todavia o *factor* for portador de uma duplicata que tem um vício na sua origem, como aqueles mencionados pelo artigo 8º da Lei 5.474/68 e, sendo provado que o aceite não foi apostado devido a algum desses motivos, o faturizador poderá cobrar

⁷⁵“O comprador só poderá deixar de aceitar a duplicata por motivo de: I – avaria ou não recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco; II – vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados; III – divergência nos prazos ou nos preços ajustados.”

⁷⁶ MARTINS, F. **Títulos de crédito**. 1. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 197.

⁷⁷DONINI, op. cit., p. 178.

o valor expresso na duplicata diretamente da faturizada. O mesmo pode ser feito diante de uma empresa-cliente que emitiu duplicata fria, ou seja, sem corresponder a uma compra e venda mercantil ou a uma prestação de serviços.

O Tribunal de Alçada do Paraná já proferiu a seguinte decisão:

AÇÃO CAUTELAR, AÇÃO DECLARATÓRIA. DUPLICATA NÃO ACEITA. COMPRA E VENDA REALIZADA. ENDOSSO. EFICÁCIA DO TÍTULO ENTRE ENDOSSANTE E ENDOSSATÁRIA. Sustação de protesto. A sacadora da duplicata confessou não ter entregue a mercadoria objeto da venda e compra, por isto inexistente o débito da sacada, que sequer aceitou o título. Entretanto, o endosso dessa duplicata decorre de contrato de *factoring*, tem eficácia entre a endossante e endossatária, à qual garantiu-se o exercício do direito de regresso, independentemente do protesto do título, pois este ato prejudicaria a sacada. Provimento parcial do recurso na ação principal. (Ap. nº 0067987-8, 6ª Câmara do TAPR, relator Juiz Bonejos Demchuk, 24/04/1994).

Observa-se, como acima referido, que para DONINI “o que dá validade à duplicata, portanto, é o saque e não o aceite”⁷⁸, pois ao interpretar o artigo 2º da Lei da Duplicatas, o referido autor assevera que o sacador pode extrair duplicata para circulação, uma vez que somente esta é permitida para tal fim, bastando, pra tanto, “documentar o saque (do vendedor) pela importância faturada ao comprador” e, continua: “Reconheça ou deixe de reconhecer o comprador a sua obrigação de pagá-la (...) não perde esta [duplicata] a sua natureza de título de crédito circulante.”⁷⁹

Cabe ressaltar que a duplicata, quando regularmente extraída, sem aceite, somente constituir-se-á como título executivo quando protestada e estiver acompanhada dos documentos hábeis para comprovar a entrega da mercadoria ou da prestação do serviço.

⁷⁸ DONINI, op. cit., p. 179.

⁷⁹ Id.

3.2.4 Cheques

O cheque⁸⁰ é uma ordem de pagamento à vista, emitida por quem tenha fundos disponíveis em poder de um banco, para que este pague o sacador ou o portador do referido título.

O banco atua como sacado⁸¹, ou seja, aquele que recebe a ordem do emitente para que pague ao beneficiário, à vista, de acordo com os fundos que estão disponíveis em seu poder. Cabe esclarecer que o cheque emitido sem provisão de fundos constitui crime contra o patrimônio, tipificado pelo artigo 171, § 2º, VI do Código Penal.⁸²

Os doutrinadores discutem sobre a natureza jurídica deste instituto. João Eunápio BORGES⁸³, citado por DONINI (2002, p. 211), afirma que o cheque é uma operação de crédito, uma vez que nele estão contidos elementos como a confiança e o prazo, os quais servem para caracterizar estas operações. O prazo é o lapso de tempo entre a promessa do emitente do cheque e a sua futura compensação, considerando-se que este é aceito pelo beneficiário no lugar do dinheiro que aquele lhe deve.

Para Fran Martins, o cheque não deve ser considerado como um verdadeiro título de crédito, uma vez que o fator crédito não existe verdadeiramente, mas está ligado à existência de fundos em poder do sacado para que o cheque possa ser compensado, todavia, acrescenta o autor, que “o cheque se beneficia de princípios e

⁸⁰ Para Fran MARTINS, “o cheque é uma *ordem de pagamento, à vista*, dada por quem possui provisão em mãos do sacado, em favor do próprio ou de terceiros...O sacado, depositário da provisão do sacador, ao pagar o cheque, apenas cumpre a obrigação de devolver as importâncias que lhe foram confiadas, atendendo, assim, à determinação do depositante” (MARTINS, F. **Títulos de crédito**. 1. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1989. P. 13).

Observa-se, desta definição, que ao banco incumbe pagar de acordo com os fundos existentes em conta bancária, os quais são de propriedade do emitente do cheque, sendo que o pagamento deverá ser realizado no momento da apresentação deste, pois consiste em uma ordem de pagamento à vista.

⁸¹ Enuncia o artigo 3º da Lei do Cheque, nº 7.357/85: “O cheque é emitido contra banco, ou instituição financeira que lhe seja equiparada, sob pena de não valer como cheque”.

⁸² O referido inciso tipifica a fraude no pagamento por meio de cheque, afirmando que a emissão de cheques sem provisão de fundo em poder do sacado constitui espécie de estelionato.

⁸³ BORGES, J. E. **Curso de direito comercial terrestre**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 161.

institutos próprios dos títulos de crédito, podendo circular através de endosso.”⁸⁴

Neste trabalho, em relação às empresas de *factoring*, faz-se necessário discutir acerca dos cheques pós-datados (erroneamente denominados de pré-datados). A adoção deste instituto serviu para movimentar os contratos de fomento mercantil, pois, anteriormente, somente se podia negociar com as duplicatas, todavia, através da utilização do cheque, dizem alguns comerciantes, as operações ficaram menos burocratizadas⁸⁵.

Os cheques pós-datados não indicam a data do dia em que foram emitidos, mas data posterior, atendendo à disponibilidade futura de fundos de seu emitente. Esta pós-datação torna o cheque uma promessa de pagamento⁸⁶, retirando a essência deste instituto, que, como acentua o artigo 32 da Lei do Cheque, é ordem de pagamento à vista, considerando-se como não escrita qualquer menção em contrário. Todavia cabe destacar que a provisão de fundos, ou seja, o devido pagamento, somente será realizado no momento da apresentação do cheque e não no dia da emissão, sendo a inserção de data futura apenas um acordo das partes.

A emissão do cheque pós-datato não pode ser considerada como crime de estelionato, uma vez que a sua apresentação prematura, antes da data aposta no título, não impede que o sacado realize a sua compensação. Portanto, se houver provisão suficiente de fundos, o banco deverá pagar o valor indicado na cártula, uma vez que o

⁸⁴ Martins, F. **Títulos de crédito**. 1. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 13.

⁸⁵ Antônio Carlos DONINI assevera que o cheque pós-datado pode ser considerado um meio informal de financiamento utilizado pelo mercado, uma vez que é mais ágil e apropriado para servir de título negociável para fins de cessão para empresa de *factoring*. (DONINI, op. cit., p. 209).

Para Luiz Lemos LEITE “os cheques pós-datados vieram dar maior segurança e velocidade às operações comerciais (...) Instituiu-se venda a crédito sem burocracia, com agilidade e maior tranquilidade para o credor, pois o comprador não quer submeter-se à posição de ter seu cheque protestado por falta de pagamento, como todas as consequências negativas sobre a sua ficha cadastral”. (LEITE, L.L. **Factoring no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 176).

⁸⁶ Luiz Lemos LEITE cita em seu livro sobre *factoring* algumas opiniões acerca dos cheques pós-datados, dentre as quais destacam-se a da revista *Isto é*, nº 1.245, de 11/08/93, p. 44, a qual afirma: “Por isso o pré-datado, que o comerciante se compromete a segurar e depositar dias depois, não é ainda um cheque de verdade no momento em que é dado. É uma garantia de dívida”, e a do advogado Ricardo de Camargo BARROSO, emitida através do **Jornal do Brasil** de 05/08/93, p. 03: “O pré-datado não deve ser usado: além de não existir legalmente, ele cria hábito de consumo em quem não tem dinheiro, propiciando um descontrole financeiro.”(apud LEITE, L. L. **Factoring no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 178).

acordo entre o emitente e o portador do título não gera efeitos perante o banco. Entretanto, cabe ressaltar que não é ilícito a existência de um acordo entre o emitente e o beneficiário do valor, objetivando que o cheque se torne uma promessa de pagamento. Ocorre que o referido acordo pode ser descumprido pelo portador do título, sendo este apresentado ao banco antes do dia acordado. Nesta situação, como já referido, a instituição financeira fará a compensação, restando ao emitente do cheque a possibilidade de requerer, judicialmente, a reparação dos danos que sofrer⁸⁷.

A Associação Nacional das *Factorings* reconhece a existência dos cheques pré-datados como uma realidade irreversível no Brasil, obviamente devido ao grande volume de negociações que suas associadas realizam através destes títulos, acrescentando, a respeito da natureza jurídicas dos referidos pós-datados, que estes podem ser considerados como títulos de crédito:

“...desde que sua origem esteja vinculada a um documento formal representativo de uma legítima transação mercantil – Nota Fiscal, que deverá ser citada no dorso do cheque – podendo ser objeto de uma operação de *factoring*, nos termos da Lei 8.981/95, ou seja: prestação cumulativa e contínua de serviços, os mais variados e abrangentes, conjugada com a compra de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, a prazo.”⁸⁸

Observa-se, portanto, do entendimento expedido pela Anfac constata-se que as empresas que prestam serviços a suas clientes deverão comprová-los através da emissão de nota fiscal, devendo-se ter o cuidado de mencionar no dorso do cheque o número da referida nota, demonstrando, deste modo, que o título teve sua origem numa operação mercantil lícita.

⁸⁷ Celso BARBI FILHO destaca que “se o tomador apresentar o cheque antes da data ajustada, cabe indenização ao emitente pelo desrespeito à obrigação de não fazer, assumida e violada. Se houver fundos na data da apresentação ou abertura de crédito em conta, a indenização será apenas material, correspondendo à perda monetária pela antecipação do saque, no valor das taxas de remuneração do capital resgatado ou dos juros cobrados pelo crédito utilizado”. (BARBI FILHO, C. Protesto de duplicata simulada e procedimentos judiciais do sacado. RT, 778/45-71 *apud* DONINI, op. cit., p. 215).

⁸⁸ Circular Anfac – 044/95, às empresas filiadas à Anfac; assunto: cheque. São Paulo, 06/09/95.

Para Luiz Lemos Leite⁸⁹, ao cheque não pode ser negada a natureza de título de crédito, uma vez que pode circular mediante endosso e que possui requisitos⁹⁰ que são essenciais àqueles, quais sejam a cartularidade, a autonomia e a literalidade, além dos requisitos extraordinários como independência e abstração.

Diante de todos estes requisitos, faltava ao cheque somente o crédito, uma vez que aquele é caracterizado como ordem de pagamento á vista. No momento em que o emitente e o beneficiário concordam em estipular uma data futura para sua compensação, o crédito e a confiança aparecem naquela relação.

Atribuindo-se ao cheque a condição de título de crédito, conclui-se pela possibilidade de utilização do pós-datado nos contratos de fomento mercantil. À semelhança do que ocorre com as duplicatas, o endosso deverá ser com cláusula sem garantia, uma vez que se deve respeitar as operações realizadas na modalidade *pro soluto*.

Cabe salientar que o cheque pós-datado, além de originar contratos menos burocratizados, oferecem garantias adicionais em relação às duplicatas, pois, geralmente, o sacado oferece a seus clientes que se utilizam de cheques, uma espécie de limite de crédito, assegurando a compensação destes até o limite cedido. Além disso, se o cheque for devolvido por falta de fundos, por determinação do Banco Central, o sacado deverá incluir o correntista no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos, caracterizando-se esta como uma sanção administrativa que serve para limitar o crédito do emitente. O beneficiário poderá, inclusive, realizar o protesto do título, podendo, posteriormente levá-lo à execução judicial, destacando-se que, como acima mencionado, a emissão de cheques sem fundos caracteriza crime de estelionato.

⁸⁹ LEITE, L. L. **Factoring no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 185.

⁹⁰ A cartularidade diz respeito à incorporação do crédito ao documentos, sendo que a literalidade corresponde à limitação do crédito ao valor escrito no título. São considerados autônomos porque o possuidor de boa-fé exerce um direito próprio, sendo que cada obrigação que deriva do título é autônoma em relação as demais, ou seja, os cheques também são regidos pelo princípio da inoponibilidade das exceções. São independentes porque os títulos bastam em si mesmos, não resultando de outro documento. A abstração diz respeito à independência em relação à causa determinante da sua emissão, todavia, neste caso, quando há provas de que o negócio é ilícito, caberá ao juiz questionar a causa da emissão, tornando relativa essa característica, assim como a autonomia e a independência.

Estes são os benefícios que fazem deste título de crédito um dos mais utilizados pelas empresas de *factoring*, facilitando as operações de fomento mercantil, assim como o recebimento dos valores negociados.

4 FACTORING NO BRASIL E DIREITO DE REGRESSO

Neste terceiro capítulo observar-se-á como atividade de fomento mercantil foi sendo, ao longo dos anos, regulada pelo direito brasileiro, ainda que não através de uma lei específica, mas por meio de um conjunto de dispositivos, que estão dispersos no ordenamento vigente, mas que permitem o funcionamento das *factorings*. Verificar-se-á, também, quais os benefícios que estas podem trazer para as pequenas e médias empresas, assim como se existe a necessidade de uma lei específica que regule toda a matéria. Finalmente, demonstrar-se-á a possibilidade de o faturizador acionar judicialmente o faturizado, seja diante do inadimplemento do sacado ou de um vício na origem do título de crédito objeto do contrato.

4.1 A REGULAMENTAÇÃO DA *FACTORING* NO BRASIL

O *factoring* surgiu no Brasil no ano de 1982, com a fundação da Associação Nacional de *Factorings* (Anfac). Entretanto, o desenvolvimento dessas atividades, realizadas pelas empresas de fomento mercantil encontrou resistência das instituições financeiras e dos órgãos que as fiscalizavam, especialmente do Banco Central do Brasil.

A resistência inicialmente demonstrada pelas instituições financeiras residiu no fato de desconhcerem quais seriam as atividades desenvolvidas pelas empresas de fomento mercantil.

Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, a Lei nº 4595/64⁹¹ define quais são as atividades que somente podem ser realizadas por instituições financeiras. Ocorre que, segundo afirmação de Arnaldo RIZZARDO, no início a prática do *factoring* se assemelhava muito às atividades desempenhadas pelos bancos e, acrescenta o autor sobre as atividades de fomento mercantil que: “...não raramente as empresas que atuavam no setor, especialmente a partir da década de 1980, dirigiam suas atividades em vários ramos, como no financiamento puro de bens móveis e na

⁹¹ Assevera o referido artigo da Lei do Sistema Financeira Nacional que as operações que dizem respeito à coleta, intermediação ou aplicação de *recursos financeiros de terceiros* somente pode ser realizadas por instituições financeiras, considerando-se que estas sofrem fiscalização do Banco Central, uma vez que se utilizam de recursos provenientes da poupança popular.

concessão de empréstimos pessoais”⁹².

Foi neste contexto que o BACEN editou a Circular nº 703/1982. Esta advertia que as pessoas físicas ou jurídicas que realizassem, antes da devida regulamentação do Conselho Monetário Nacional, operações de fomento mercantil, as quais, segundo o Banco Central, possuíam características e particularidades próprias das realizadas privativamente pelas instituições financeiras, incorreriam nas penas de multa pecuniária e detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, conforme previsto no § 7º do artigo 44 da Lei nº 4.595/64.

Para Arnaldo RIZZARDO⁹³, a Circular 703/82 proibia a atividade de *factoring*, destacando que o BACEN havia ultrapassado a esfera de sua competência, uma vez que tentava legislar sobre um instituto - empresas de fomento mercantil.

Todavia, segundo o autor Wilson do Egito COELHO⁹⁴, a Circular não impunha propriamente uma proibição às atividades de fomento mercantil, mas realizava uma simples advertência, destacando que poderiam incorrer na prática de *crime de atividade*, por estarem atuando como instituições financeiras sem a devida autorização.

A Circular além de não proibir a prática do *factoring* no Brasil, também não a tipificou. Assevera, ainda, Egito COELHO, que de forma alguma as operações de fomento mercantil podem ser identificadas como privativas de instituições bancárias, “sobretudo para o efeito de aplicação da lei penal, em face de vigorar em nosso País o rígido *princípio da legalidade*, erigido entre nós em dogma constitucional”.⁹⁵ Para ele, a Circular 703/82 somente quis chamar a atenção das empresas de fomento mercantil para que se resguardassem da prática de atos privativos das instituições financeiras.

A Circular 703/82 não passou de um parecer do BACEN sobre as atividades de fomento mercantil. Ocorre que em razão do texto amplo trazido pelo artigo 17 da

⁹² RIZZARDO, op. cit., p. 28.

⁹³ Id.

⁹⁴ COELHO, W. E. O “factoring” e a legislação bancária brasileira. **RDM**, nº 54, Ano XXIII, abr/jun 1984. p. 80.

⁹⁵ Ibid., p. 81-82.

Lei 4.595/64, segundo COMPARATO, citado por Gonçalo Ivens Ferraz da Cunha e Sá (p.110), “não há menor dúvida de que as empresas que praticassem o *convencional factoring* seriam consideradas instituições financeiras e, por conseguinte, dependentes de autorização do Banco Central do Brasil para o seu regular funcionamento.”⁹⁶

Mas, como vem se mencionando ao longo deste trabalho, o *factoring* não pode ser confundido com atividade bancária, uma vez que estas, com a captação de recursos de terceiros, realizam empréstimos, enquanto que o *factor* compra os direitos creditórios com seus recursos e, na maioria das vezes, à vista.

O banco realiza, portanto, a intermediação⁹⁷ dos recursos de terceiros, através de empréstimos, com a possibilidade de exercer o direito de regresso. Precisa de autorização do BACEN para funcionar, sendo que o seu cliente é também seu devedor. Diferentemente do que ocorre com as instituições financeiras, as *factorings* não captam recursos de terceiros; podem prestar a seus clientes inúmeros serviços que não dizem respeito a direitos creditórios; em suas operações, na maioria dos casos, não podem exercer o direito de regresso; assim como não é da competência destas realizar o desconto, mas somente a compra de títulos de crédito, destacando-se, também, que seus clientes não são considerados devedores, pois esta posição é ocupada pelos sacados.

Ainda sobre a distinção entre *factoring* e instituição financeira e sobre a possibilidade de o BACEN ficar intervindo nas atividades de fomento mercantil, Arnaldo WALD, em um de seus pareceres cita uma decisão do TFR, proferida em um Mandado de Segurança, seguindo-se:

2. Factoring ou faturização. Enquanto não regulada por lei a constituição ou o registro de sociedades que se proponham ao exercício desse tipo de atividade comercial, não cabe às

⁹⁶ COMPARATO, F. K. *apud* SÁ, G. I. F. da C. e. O “factoring” e a nova Constituição. RDM, nº 73, Ano XXVIII, jan-mar/1998. p. 110.

⁹⁷ Ernane Glavêas, então presidente do BACEN, afirmou que “o empréstimo de dinheiro só se caracteriza como operação privativa de instituição financeira quando o emprestador se situar na posição de intermediário recolhendo recursos de uns para emprestar a outros. *Nestas condições, o empréstimo de recursos financeiros próprios, por ser matéria ligada à livre disposição dos bens, que se atribui a todo homem civilmente capaz, não constitui atividade sob controle do Banco* [sem grifos no original].” (GALVÊAS, E. O Estado de São Paulo, 15.03.1970, p. 55 *apud* WALD, op. cit., p. 150).

autoridades administrativas, com apoio em simples opiniões doutrinárias, opor-lhes, *a priori*, restrições de qualquer natureza. Se, no exercício efetivo de suas atividades comerciais, se verificar que interferem em atividades financeiras não autorizadas, então sim, caberá ao Banco Central agir na forma da lei. (Mandado de Segurança 99.964 – RS, DJ de 12.06.1986 *apud* WALD, A. Regime legal da empresa de *factoring*. RT 740, ano 86, jun. 97. p. 151).

Verifica-se, portanto, que além das abordagens doutrinárias, as decisões jurisprudenciais já negavam ao BACEN competência para controlar as *factorings*, uma vez que estas deveriam ser consideradas sociedades comerciais comuns, as quais, até que fosse regulamentado de outra forma, deveriam levar seus atos constitutivos para arquivamento perante as Juntas Comerciais.

Em 1988 o Banco Central do Brasil, através da Circular nº 1.359⁹⁸ revogou a 703/82. Em parecer proferido por Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES, este afirmou que a “revogação em tela *suspendia*, assim, a caracterização das operações de fomento comercial como operações financeiras, ou seja, como operações com ‘características e particularidades próprias daquelas privativas de instituições financeiras’”⁹⁹. Portanto, esta Circular simplesmente concluiu que o *factor* não é uma atividade financeira, todavia não definiu nem proibiu sua prática.

O reconhecimento, ainda que indireto através da Circular 1.359/88 do BACEN, de que o *factoring* não é uma atividade financeira foi considerado pelos *factors* como uma carta de alforria, uma vez que muitas empresas deixaram de exercer suas atividade de fomento mercantil, como medo de incorrer nos crimes que eram previstos pela Circular que fora revogada. Portanto, esta Circular de 1988 fez com que os contratos realizados pelas *factorings* crescessem no Brasil.

Arnoldo WALD cita no seu parecer um pronunciamento da Federação

⁹⁸ A referida circular apenas comunica à Diretoria do Banco Central que a circular 703/82 está revogada.

⁹⁹ LEÃES, L. G. P. de B. A operação de “factoring” como operação mercantil. RDM 115, Ano XXXVII, jul-set/1999. p. 274.

Cabe aqui lembrar que as operações financeiras, privativas das instituições financeiras, são aquelas que se utilizam de recursos próprios e de terceiros, sendo estes captados do público em geral. todavia, as empresas de *factoring* realizam suas atividades sempre com recursos próprios. Suas operações são descritas como de fomento mercantil, uma vez que a compra de ativos creditórios e a prestação de serviços visa ao atendimento das necessidades primordiais das micro, pequenas e médias empresas, seja através do fornecimento de capital de giro ou de parcerias.

Brasileira de *Factoring*, realizado em sessão de 21.03.94, no qual esta esclarece que através da Circular 1359/88 o BACEN reconhece o *factoring* como *factoring*, uma atividade comercial mista atípica. Declara, ainda a Federação, que isto teria sido resultado de um compromisso assumido pelos *factors* de não intermediar recursos no mercado; de comprar efetivamente créditos mercantis e de só operar com pessoas jurídicas¹⁰⁰.

Também no ano de 1988 aconteceu a Convenção Diplomática de Ottawa, a qual tinha como um de seus objetivos reger os contratos de *factoring*. No primeiro Congresso Brasileiro sobre *Factoring*, seus participantes decidiram que “as atividades do *factoring* moderno deveriam se orientar, sem conflitos nem transgressões da legislação brasileira, pela doutrina consubstanciada e aprovada na Conferência Diplomática de Ottawa, organizada pela Unidroit, (...) da qual foram signatários 60 nações, inclusive o Brasil ...”¹⁰¹.

No ano de 1995 a lei nº 8.981, no seu artigo 28, como observado no primeiro capítulo, traça os contornos das empresas de fomento mercantil. Posteriormente a Resolução nº 2.144/95, do Banco Central, regulamentou aquele dispositivo legal, estabelecendo que as *factorings* que não se ajustarem ao artigo supra referido e que praticarem atos privativos de instituições financeiras, poderiam incidir em ilícito administrativo e penal. A partir desta Resolução delimitou-se os campos de atuação das instituições financeiras e das empresas de fomento mercantil.

Cabe observar, entretanto, que apesar de o *factoring* estar sendo praticado a vários anos aqui no Brasil, esta atividade ainda não se encontra disciplinada em lei específica. Seu arcabouço legal e operacional está assente em várias leis, decretos e circulares, como por exemplo nos artigos 286 a 198 do Código Civil, os quais

¹⁰⁰ WALD, A. Regime legal da empresa de *factoring*. RT 740, ano 86, jun/97. p. 155.

¹⁰¹ **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 14 e 18 set. de 1991, *apud* LEITE, L.L. **Factoring no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 85.

Antônio Carlos DONINI afirma, na p. 161 do seu livro, que o Brasil não assinou, não ratificou e não aderiu à Convenção de Ottawa. O Brasil, segundo este autor, apenas teria participado de duas convenções - a de *leasing* e a de *factoring* - mas ao final não teria assinado a ata de reunião, uma vez que estava sendo representado por pelo seu embaixador, o qual não possuía poderes para assinar como signatário da referida Convenção.

regulamentam a cessão de crédito; nos artigos 593 a 609 do Código Civil referentes ao contrato de prestação de serviços; na Lei 5.474/68 – Lei das Duplicatas; no Decreto 57.663/66 – Lei Uniforme em matéria de cheques; assim como nas acima mencionadas: Circular 1.359/88; Lei 8.981/95, art. 28, § 1º, al. c-4 e Conferência Diplomática de Ottawa.

Luiz Lemos LEITE¹⁰² conclui asseverando que o *factoring* não precisa de lei específica para que possa realizar suas atividades, uma vez que está bem respaldado nas normas do direito vigente no país.

Ainda que a inexistência de lei específica não impeça a prática do *factoring*, o Senador José Fogaça editou o Projeto de Lei 230/95, o qual se encontra atualmente na Comissão de Constituição e Justiça.

Esta tentativa de regulamentação se mostra necessária, pois empresas denominadas de “falsas *factorings*” vêm se utilizando deste instituto para agirem no mercado como agiotas, cobrando juros extorsivos e exigindo garantias absurdas do cedente dos créditos.

Dentre os pontos importantes deste projeto, cita-se a tentativa de criação de um Conselho de fomento Mercantil, o qual deverá ter uma atuação parecida com a do BACEN. Deverá ser constituído sob a forma de autarquia¹⁰³ – pessoa jurídica de direito público – integrante da administração indireta da União. Este Conselho terá a função de supervisionar e orientar as atividades de fomento mercantil, assim como aplicar as sanções disciplinares estipuladas pelo Código de Ética Profissional.

O referido Conselho servirá para, além de fiscalizar, expurgar do mercado

¹⁰² LEITE, L. L. *Factoring no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 31.

¹⁰³ O artigo 6º do Projeto de Lei 230/95 autoriza o Poder Executivo a criar o Conselho de Fomento Mercantil sob a forma de autarquia. Além deste, cabe mencionara o § 1º, do artigo 1º, o qual assevera que as compras dos ativos financeiros deverão conter o endosso em preto, assim como serão regidas por cláusulas pactuadas entre as partes, no contrato de fomento mercantil – aqui, através desta norma aparentemente aberta, encontra-se uma brecha para que empresas mal intencionadas estipulem a possibilidade de direito de regresso, assim como formas de garantia diante das operações realizadas, situações estas que não se ajustam ao *factoring*, do modo como ele é preconizado pela Anfac.

empresas que exploram a atividade de fomento mercantil sem respeitar os princípios norteadores destes contratos, emanados, atualmente, pela Anfac.

4.1.2 *Factoring* – Parcerias e Benefícios

As micro, pequenas e médias empresas (PME's) têm grande importância econômica e social dentro da economia brasileira, pois são agentes geradores de emprego¹⁰⁴ em um momento em que o país atravessa uma grave crise do desemprego, aliada à conseqüente falta de renda.

Apesar da referida importância, aquelas empresas não têm recebido apoio governamental, a não ser do serviço de apoio à Micro e Pequena Empresa (SEBRAE) e do BNDES.

O mercado-alvo principal das empresas de *factoring* têm sido as micro, pequenas e médias empresas, destacando-se que os serviços de fomento prestados pelos *factors* devem ser menos burocráticos¹⁰⁵ que aqueles prestados pelas instituições financeiras.

O presidente da Anfac afirma que a atividade de *factoring* se destina a “incrementar e a fazer crescer os ativos das pequenas e médias empresas, sobretudo da indústria, mobilizando capital que ficaria empatado até o pagamento pelo comprador.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ O presidente da Anfac resume a situação do pequeno e do médio empresário: “O empresário que produz, gerando empregos, e que contribui efetivamente para aumentar o produto interno, marginaliza-se dentro do processo econômico para não ser punido pela elevada carga tributária, pelos altos custos financeiros e pelos encargos sociais. (LEITE, L. L. **Factoring no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p.141).

¹⁰⁵ Buscando atingir o menor número de entraves e a menor burocracia possível, Luiz Lemos LEITE considera que não há necessidade de edição de qualquer texto de lei com o objetivo de regulamentar a atividade das *factorings*, uma vez que o texto da lei pode criar mecanismos burocráticos e cartoriais, ricos em normas e meios de controle, que contribuiriam para o engessamento da atividade, “contrariando a política de modernização e desregulamentação do atual governo”. (LEITE, L. L. **Factoring no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 33).

¹⁰⁶ LEITE, id.

As vendas a prazo são transformadas em vendas à vista, propiciando às empresas clientes o capital de giro do qual necessitam para consecução normal dos seus negócios. As empresas de *factoring* devem, portanto, expandir os ativos de suas empresas-clientes.

Segundo o presidente da Anfac, os benefícios trazidos por uma empresa de *factoring* são: “maior concentração em suas atividades de produção, menor envolvimento e preocupação do empresário com as atividades de rotina, segurança no recebimento de suas vendas, orientação empresarial e acesso ao crédito pela oportunidade de negociar os direitos de suas vendas sem necessidade de reciprocidade e outras exigências”¹⁰⁷.

Desta afirmação e dos comentários tecidos ao longo deste trabalho, tem-se que cabe à empresa de *factoring* prestar à sua clientela uma gama de serviços não creditícios, seguido do fornecimento de capital de giro. Nestes serviços que são prestados encontra-se uma parceria entre faturizador e faturizada, principalmente diante do aconselhamento ao empresário das decisões importantes que devem ser tomadas na administração de sua empresa, otimizando a capacidade gerencial desta. Cabe ressaltar, ante estas considerações, que o *factoring* é uma atividade que somente pode ser realizada por profissionais, capazes de oferecer toda esta gama de serviços sem prejudicar e endividar, ainda mais, a empresa cliente.

As atividades das *factorings* vêm ganhando cada vez mais espaço porque, como se sabe, os grandes bancos preferem operar com os conglomerados de empresas, deixando de lado as PME's, uma vez que estas possuem capital pequeno e maior risco. Ocorre que são estas as que existem em maior número no Brasil e que colaboram para o nascimento de mais empregos, assim como para aumentar o produto interno bruto, merecendo, por conseguinte, maior apoio governamental.

O *factoring* chega anunciando como seu principal objetivo o apoio a este segmento da economia que não tem acesso às fontes tradicionais de crédito. Luiz

¹⁰⁷ Ibid., p.35.

Lemos LEITE¹⁰⁸ define como mercado alvo das *factorings* aquelas empresas sem acesso ao mercado de crédito tradicional e que buscam capital de giro; empresas que têm acesso ao mercado de créditos, mas não têm conhecimentos técnicos que possibilitem barganhar com as instituições financeiras; e as empresas que apesar de estarem sendo dirigidas por pessoas extremamente qualificadas, utilizam-se dos serviços do *factoring* para cuidar da gestão de caixa, enquanto concentram seus esforços na produção.

A linha de crédito fornecida pela empresa de *factoring* leva em consideração a capacidade financeira do sacado, pois é diante deste – seu devedor – que aquela corre o risco de inadimplemento.

Os efeitos do fomento mercantil levado às PME's é sentido em todos os segmentos do sistema econômico brasileiro, pois aquelas são transformadas em agentes produtivos, uma vez que com a aquisição do capital de giro, através das *factorings*, aquelas podem continuar produzindo e tornando seu produto competitivo, fato este que auxiliar o crescimento da empresa e o aumento do número de empregos, como se fosse um círculo vicioso, destacando-se que o *factor* além de expandir os ativos, deve eliminar o endividamento e fornecer suporte gerencial as suas clientes.

4.2 DIREITO DE REGRESSO

A possibilidade do exercício deste direito constitui um dos pontos nevrálgicos do *factoring*, causando intensas discussões doutrinárias.

Vários autores conceituam as *factorings* retirando-lhes, expressamente, a possibilidade de se utilizarem da ação *in rem verso* contra os cedentes dos direitos creditórios, como por exemplo na definição de Arnaldo Wald:

...o contrato de *factoring*, ou de faturização, consiste na aquisição, por uma empresa especializada, de créditos faturados por um comerciante ou industrial, *sem direito de*

¹⁰⁸ Ibid., p. 194.

regresso contra o mesmo. Assim, a empresa de *factoring*, ou seja, o *factor*, assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor dos mesmos.¹⁰⁹

Ocorre, entretanto, que apesar de parte considerável da doutrina e o quase unânime entendimento jurisprudencial acerca da matéria – inexistência da atividade de fomento mercantil quando exercida com a possibilidade de regresso contra o faturizado - existem autores renomados que entendem de forma diversa, como, por exemplo, Gonçalo Ivens Ferraz da Cunha e SÁ, Antônio Carlos DONINI e Fábio Konder COMPARATO, sendo o entendimento deste: “Com efeito, se a empresa faturizada está obrigada a transferir ao *factor* todos os seus créditos, este último não se obriga, pelo contrato, a aceitar todos eles sob forma de cessão definitiva, sem regresso. Pode receber alguns *pro soluto*, com ou sem financiamento.”¹¹⁰ Em entrevista cedida no mês de agosto, o presidente da Anfac também admitiu a possibilidade de se responsabilizar subsidiariamente a empresa-cliente pelos créditos cedidos. Luiz Lemos LEITE diz que há duas espécies de risco, sendo um decorrente de vício na origem do título, através do qual pode-se exercer o direito de evicção, e outro é o risco da liquidez. Nestes casos, afirma o autor que, “a empresa-cliente contratante de uma empresa de *factoring*, é responsável subsidiariamente pelo risco. No direito brasileiro, como em qualquer outro país, pode-se fazer qualquer negócio com a cláusula ‘pro soluto’ ou ‘pro solvendo’, de acordo com a autonomia da vontade das partes em

¹⁰⁹ WALDO, A. Curso de direito civil. vol. II. São Paulo: RT, 1991. p. 466. Destaca-se que o artigo 1º do Projeto de Lei 230/95 também enuncia que a aquisição dos créditos deve ocorrer na modalidade *pro soluto*, ou seja, a compra dos créditos deverá ocorrer de forma que o faturizador assumira os riscos pela insolvência do devedor. Pode-se citar, ainda, as opiniões de Fran MARTINS, o qual assevera que uma das obrigações do faturizador é a de pagar as faturas que lhe são cedidas, assim como assumir os riscos pelo inadimplemento do devedor (MARTINS, op. cit., p. 480-481); e a de Arnaldo RIZZARDO, uma vez que este afirma que as remunerações que são cobradas pelas empresas de *factoring* são maiores que as cobradas por outros setores de fornecimento de crédito, pois aquelas exercer atividade de risco. (RIZZARDO, op. cit., p. 31.).

¹¹⁰ COMPARATO, F. K. Factoring. RDM nº 6, Ano XI, 1972. p. 60.

Para Gonçalo Ivens Ferraz o faturizador poderá examinar os créditos que estão discriminados no ‘bordereau’ e selecionar aqueles que quer adquirir através da cessão *pro soluto* e aqueles que, excepcionalmente, adquirirá em caráter *pro solvendo*, sendo que neste caso não poderá cobrar da faturizada pelo risco da impontualidade ou da insolvência do devedor. (SÁ, G. I. F. da C. e. O ‘factoring’ e a nova Constituição. RDM nº 73, Ano XXVIII, janeiro-março/1989. p. 101).

contratar.”¹¹¹

Antes, todavia, deve-se esclarecer que no direito civil a cessão de crédito pode ocorrer de duas formas: na modalidade *pro soluto* e na *pro solvendo*. Na primeira modalidade o comprador dos ativos financeiros não poderá exercer o direito de regresso contra a cedente dos títulos, caso o devedor-sacado não realize o adimplemento da dívida. Na forma *pro solvendo*, embora haja a transferência dos títulos de crédito, o cedente ficará responsável pelo adimplemento deste.

Antônio Carlos DONINI¹¹² afirma que um dos efeitos da cessão dos créditos é o surgimento da responsabilidade dos contratantes, todavia, adverte, que há duas espécies de responsabilidade: a obrigatória e a opcional. A responsabilidade dita obrigatória surge diante da existência do título e a opcional diante da insolvência¹¹³ do devedor.

O referido autor¹¹⁴ entende que no contrato de fomento mercantil, as partes contratantes podem, utilizando-se do princípio da autonomia da vontade, estipularem se a cessão dos créditos ocorrerá na modalidade *pro soluto* ou não. Defende a sua tese explicando que no início as operações de *factoring* se confundiam com agiotagem e, diante disso, estas empresas, através de seus sindicatos e associações, quiseram fixar a sua importância social no meio econômico. Neste clima, apressaram-se em afirmar que não se comparavam a empresas agiotas e nem a bancos, uma vez que em todos os seus negócios os *factors* assumiam os riscos pela inadimplência do devedor.

Todavia, assevera DONINI, que esta responsabilidade pelo risco de inadimplemento não tem ligação com a legislação do nosso país, assim como está

¹¹¹ LEITE, L. L. Custos das operações de *factoring*. Entrevista disponível em: <<http://www.diarionet.com.br>> Acesso em 12/08/03.

¹¹² DONINI, op. cit., p.102.

¹¹³ Inadimplente é aquele que apesar de deixar de pagar suas contratuais dentro do prazo estipulado, é a impontualidade que acarretará ao devedor encargos como juros de mora e multa contratual. Insolvência, entretanto, é a impossibilidade de cumprir uma obrigação contratual, sendo que a insolvência comercial corresponde à falência da empresa-cliente.

¹¹⁴ DONINI, op. cit., p. 107.

divorciada dos maiores mercados que praticam o *factoring* no mundo.

Outro argumento utilizado por DONINI¹¹⁵ para defender a tese acima mencionada – possibilidade de o faturizador exercer a ação *in rem verso* – é o dispositivo da Convenção de Ottawa, da qual, segundo o próprio autor, o Brasil não é signatário. No artigo 1º, letra b, do inciso 2, está disposto que o faturizador deverá desempenhar, em seus contratos de fomento mercantil, pelo menos duas das seguintes funções: financiamento ao faturizado, incluindo empréstimos e pagamentos adiantados; manutenção de contas relativas aos valores a receber; cobrança de valores a receber; proteção contra o inadimplemento do pagamento pelos devedores. Para ele somente nesta última função a cessão ocorreria na modalidade *pro soluto*, constatando, a partir disto, que a Convenção de Ottawa, permite ao faturizador optar por adquirir créditos sem assumir os riscos do inadimplemento.

Deve-se destacar, entretanto, que a estipulação da citada Convenção quanto ao exercício das funções de financiamento, gestão, cobrança e garantia dos créditos deve ser interpretada de uma forma mais ampla. Obviamente que esta última função ocorrerá somente diante da aquisição dos créditos. Nas outras funções não se pode visualizar a securitização, uma vez que elas representam prestação de serviços, como por exemplo na gestão e na cobrança dos créditos, sendo que nestas a faturizadora atua mediante endosso mandato, cobrando em nome da empresa-cliente. Se o devedor for impontual ou insolvente, o prejuízo é da faturizada, uma vez que caberá ao *factor* somente a prestação do serviço de assessoria creditícia, organização das contas a pagar e a receber, dentre outros já mencionados.

Sabe-se, também, que a função de financiamento pode se dar através da aquisição de títulos de crédito, assim como, indiretamente, através a antecipação de ativos não financeiros, como ocorre na modalidade matéria-prima de *factoring*. Nesta, a empresa de fomento mercantil realiza a compra de matéria-prima para que a empresa-cliente possa continuar produzindo normalmente. Depois, com a venda destes insumos que serão industrializados, emitir-se-ão duplicatas ou cheques, ou quais serão

¹¹⁵ Ibid., p. 113.

prontamente cedidos à faturizadora, para que esta consiga receber o valor que investiu na faturizada.

Portanto, há somente uma espécie que pode ser considerada verdadeiramente como financiamento, qual seja, a compra dos ativos financeiros, sendo que diante destes é que deverá ocorrer a referida proteção contra o inadimplemento, encontrado no bojo do artigo 1º da Convenção de Ottawa.

Outra forma de responsabilização de cedente, exposto por DONINI e aceito unanimemente por toda a doutrina e jurisprudência¹¹⁶, é a responsabilidade dita obrigatória, considerando-se que é diante desta que o direito de regresso poderá ser exercido pelo faturizador.

Washington de Barros MONTEIRO, citado por DONINI (2002, p. 105), afirma que *“Em três hipóteses subsiste a responsabilidade do cedente: a) transfere este crédito inexistente; b) contra o crédito cedido existe exceção, que o inutiliza, como o dolo, ou compensação; c) o crédito tem existência positiva, mas não em favor do cedente, que assim aliena o bem alheio.”*¹¹⁷

Diante do acima exposto, destaca-se alguns vícios¹¹⁸ que podem ocorrer, como: a emissão de duplicatas que não correspondam efetivamente a uma venda mercantil; títulos de crédito que tiveram os seus pagamentos realizados antecipadamente à

¹¹⁶O Egrégio Tribunal de Justiça já decidiu, conforme cita a relatora Maria de Andrade NERY em um de seus acórdãos, que frustrada a expectativa do cessionário dos títulos, por força do contrato de *factoring*, de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica este responsável pelo pagamento. (Apelação nº 660.883-00/4, 10ª Câm. do 2º TACivSP, relatora Maria de Andrade NERY, 08/11/2000).

¹¹⁷MONTEIRO, W. de B. **Curso de direito civil. Direito da Obrigações**. 4. ed. Saraiva., 1979. p. 349.

Diante deste tema, o presidente da Anfac diz que “A evicção é o instituto civil que protege a empresa do *factoring* contra os vícios embutidos numa venda feita de má-fé ...”. (LEITE, L. L. **Factoring no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 34).

¹¹⁸ Antônio Carlos DONINI que será considerado ‘viciado’ o título negociado quando o sacado devedor ou emitente do cheque recusar-se a pagar o título, pelos seguintes motivos: não-correspondência com os serviços efetivamente contratados; vícios ou defeitos na qualidade dos serviços prestados, ou defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias; divergência nos prazos ou nos preços ajustados; arrependimento ou desistência dos serviços ou produtos adquiridos; avarias ou não-recebimento das mercadorias; devolução das mercadorias. (...) O mesmo aplicar-se-á em caso de evicção, quando por sentença transitada em julgado o faturizador perder os direitos sobre o título adquirido. (DONINI, op. cit., p. 106).

empresa faturizada, antes da notificação da cessão ao devedor, com a posterior apropriação indébita por parte da empresa-cliente; créditos não pertencentes àquele que os cedeu, ou, ainda, quando em virtude de uma devolução da mercadoria, seja por vícios na quantidade, na qualidade ou divergências diante do preço ajustado, ocorrendo a compensação ou extinção do débito do devedor, sendo que tal fato seja comunicado ao faturizador. Em todas estas hipóteses o *factor* poderá exercer a ação *in rem verso* em desfavor do faturizado.

O presidente da Anfac¹¹⁹ considera que se extinguirá automaticamente a cláusula *pro soluto*, transformando-se em *pro solvendo*, quando diante da veracidade dos títulos negociados alegaram-se exceções quanto à legalidade, à legitimidade ou à veracidade. Vejamos o entendimento jurisprudencial:

Nos contratos de faturização ou de factoring, outra coisa não se pactua senão mera cessão onerosa de títulos de crédito, mediante comissão paga pelo faturizado ao faturizador. Assim, estando a comissão embutida no preço do negócio, a remuneração e a liquidação dos títulos negociados passam a ser risco do faturizador, nada podendo se exigido do faturizado, exceto se agiu de má-fé, hipótese em que a eventual responsabilidade por atos ilícitos deverá ser apurada em ação indenizatória [sem grifos no original].¹²⁰

Dos argumentos acima mencionados, retira-se que o direito de regresso poderá ser exercido quando houver algum vício que sirva para macular o título de crédito objeto da cessão, todavia quando os contratantes estiverem diante de um contrato idôneo, considerando-se a atividade do *factor* como sendo uma atividade de risco, este, diante da inadimplência do devedor, não poderá agir contra o cedente dos créditos. O Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná também já se manifestou sobre a matéria, concluindo que a operação de *factoring* é considerada de grande risco para o faturizador, na medida em que não adinite o direito de regresso ou qualquer outra forma de garantia, “salvo quando houver vício ou nulidade na causa ou origem do

¹¹⁹ LEITE, L. L. **Factoring no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 160.

¹²⁰ Apelação nº 784.092-2, 2ª Cam. TACivSP, relator Luiz Sabbato *apud* RT nº 774, Ano 89, abril de 2000. A partir deste entendimento jurisprudencial pode-se entender que o quê orientará o contrato realizado entre faturizador e faturizado é a boa-fé, uma vez que eventuais atos ilícitos ocasionarão a nulidade do título cedido e a possibilidade de o *factor* exercer seu direito de regresso contra a empresa-cliente.

título.”¹²¹

Vejamos outros entendimentos jurisprudenciais:

FACTORING. NÃO PAGAMENTO PELO DEVEDOR DOS TÍTULOS NEGOCIADOS. IRRESPONSABILIDADE DO FATURIZADO. Risco assumido pelo *factoring* mediante deságio. Distinção do desconto de títulos, atividade restrita às instituições financeiras. (Apelação 196059703, 4ª Câ. TARGS, relator Moacir Leopoldo Haeser, 27/03/97).

FACTORING. AÇÃO DE COBRANÇA, DIREITO DE REGRESSO. Tratando-se de contrato de *factoring* incabível o direito de regresso contra o faturizado, uma vez que, operada a transferência definitiva do crédito, exonera-se de responder pela satisfação da dívida, sendo da essência da avença a responsabilidade do faturizador pelos riscos da impontualidade e da insolvência do sacado. (Apelação nº 1882104/95, 6ª Câ. TAMG, Pedro Henrique, 23/02/95).

Além de ser considerado uma operação de risco, a faturizadora no momento em que realiza a aquisição dos direitos creditícios estipula o valor do fator de acordo com o risco do não-recebimento da dívida, tomando-se como base para o cálculo o patrimônio do devedor e não do cedente do crédito, uma vez que é do sacado que aquele visa o recebimento dos valores negociados.

Como já referido neste trabalho, a operação de fomento mercantil realizada pela empresa de *factoring* exige vultosos gastos, não estando sempre acessível a todas as empresas que dela necessitam, diferentemente do discurso que é realizado pela Anfac, justamente pelo alto valor cobrado pela comissão, a qual deve prestar para suportar os riscos.

Admitir-se que as *factorings* possam agir contra seus contratantes e, ainda, cobrar um alto valor de fator (comissão), ou que exijam garantias¹²² no momento da contratação, é permitir que ajam como se fossem bancos, sem estarem devidamente controladas pelo Banco Central do Brasil. Isto permitirá que estas empresas atuem no mercado como agiotas autorizadas para tal fim.

¹²¹ Apelação nº 85.463-1, 4ª Câ. TJPR, relator Dilmar Kessler, 23/02/2002.

¹²² É nulo de pleno direito contrato de mútuo firmado com empresa de *factoring* em que estipuladas taxas de juros apenas permitidas aos bancos, bem como *exigida* nota promissória em branco, em garantia da obrigação, eis que na faturização a instituição financeira assume os riscos do inadimplemento dos devedores do faturizado, sem que possa exigir a emissão de tal título de crédito. (Apelação 877.266-3 – 11ª Câ., TACivSP, relator Urbano Ruiz, 22/03/2001 *apud* RT 792, Ano 90, outubro de 2001).

5 CONCLUSÃO

A presente monografia teve o objetivo de traçar um panorama geral sobre a atividade das empresas de *factoring*, dando ênfase àqueles pontos que são considerados mais polêmicos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

É oportuno esclarecer aqui, mais uma vez, que não há um diploma legal único que regule a atividade de fomento mercantil. Comentou-se sobre o Projeto de Lei nº 230/95, o qual não tem a intenção de legalizar a referida atividade, mas de condensar a legislação que é difusa, protegendo, desta forma, empresas sérias que trabalham neste ramo.

Sabe-se que devido à inexistência de regulamentação específica, em muitos aspectos a *factoring* se torna fruto de opiniões e entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais, os quais devem ser pacificados para que ambos os empresários – faturizador e faturizado – possam contratar sabendo as consequências que podem advir deste negócio jurídico, principalmente porque como o contrato de faturização não tem forma específica, pode, então, ser realizado verbalmente. Nestes casos muitas situações adversas podem ocorrer para aquele que contrata com empresários/faturizadores que estejam agindo de má-fé, e que por conhecer melhor o mercado, certamente terão mais benefícios que os contratantes/faturizados.

Aqui também se encontra a dificuldade de se fazer provas a partir de um contrato realizado desta forma, diante de eventual ação judicial que se pretenda contra o contratado.

Deve-se esclarecer, entretanto, que o *factoring* quando corretamente praticado pode gerar inúmeros benefícios para as pequenas e médias empresas, consideradas pela Anfac como o público-alvo daquela atividade.

Normalmente estas empresas que procuram as *factorings*, encontram-se com problemas de capital de giro, pois como possuem pequeno capital, também possuem pequeno crédito para atender as necessidades dos seus negócios.

As empresas de *factoring*, neste contexto, além de fornecer o capital de giro do qual necessitam, através da compra dos ativos financeiros daquelas empresas, ainda podem prestar serviços que auxiliarão a reduzir os custos operacionais e a aumentar a

liquidez da empresa-cliente, ou seja, mais do que prover recursos pode permitir a estas uma melhor gestão empresarial através dos diversos serviços que podem ser prestados pela faturizada.

A partir do momento que o *factor* se envolve com o aprimoramento dos negócios da empresa-cliente, torna-se uma espécie de parceiro desta, podendo ocorrer uma espécie de terceirização do pequeno e do médio empresário através da gestão empresarial que é aplicada pela *factoring*.

Esta atividade quando idoneamente desenvolvida ganha importância econômica e social para a economia do país, pois aquelas empresas podem aumentar o produto interno bruto, além de ampliar o número de empregos.

A referida forma contratual tem se mostrado às empresas-clientes como um leque de opções que pode auxiliá-las nas dificuldades diárias, da forma menos burocrática possível. É desta forma que, teoricamente, as *factorings* são apresentadas.

Ocorre que a promessa inicialmente realizada de assunção dos riscos, vem sendo pouco a pouco quebrada por empresários do ramo, que diante do inadimplemento do sacado buscam se utilizar da ação *in rem verso* contra o faturizado, sendo que este, na cadeia contratual, não é considerado devedor do *factor* e, ainda, remunera-o para que assuma os riscos pela não cunprimento da obrigação.

Há uma discussão doutrinária acerca desta possibilidade de exercício do direito de regresso, ainda que jurisprudencialmente a proibição esteja quase pacificada, com exceção dos casos em que há vícios na origem do título objeto da cessão de crédito.

O faturizador, no momento em que é contratado, pode analisar os títulos que lhe são apresentados; observar quais são os que apresentam menos riscos e adquiri-los, ou seja, ocorrerá a aquisição dos títulos que parecem ser mais lucrativos ao faturizador. No momento da aquisição e pagamento dos direitos creditórios, há um desconto frente ao valor de face do título, que serve para remunerar, dentre outros encargos, o risco que é assumido pelo *factor* diante do inadimplemento do sacado.

A faturização, como se pode perceber, é uma atividade de risco, sendo que o *factor* recebe a devida remuneração para que este seja suportado, pois diante de um

título que apresente maior risco o fator estipulado será maior.

A *factoring* para que possa se destacar como instituto único, com características e fins próprios, deverá se manter como uma atividade que além de prestar serviços e realizar financiamento a partir da compra de créditos, realize a securitização, a assunção dos riscos pelos títulos adquiridos, sem poder exigir garantias, pois como acima referido, são remuneradas para tal atividade, ressaltando-se, mais uma vez, que títulos viciados terão tratamento diverso.

Permitir que as *factorings* fujam desta responsabilidade, autorizando que exerçam o direito de regresso e que exijam garantias para suas práticas contratuais é o mesmo que empurrá-las para um campo em que se torna fácil a fraude, o estelionato, a agiotagem, pois, na maioria das vezes aquelas empresas trabalham com empresários, como acima mencionado, que se encontram em situação econômica desesperadora, aceitando “qualquer negócio” para conseguir capital de giro e melhorar as contas de sua empresas. Neste contexto surge a *factoring*, que comprará os ativos financeiros cobrando uma elevada comissão pelos riscos, todavia podendo, como na hipótese mencionada, exercer direito de regresso contra o faturizado e, ainda exigir garantias para efetuar o contrato. Esta relação, com todas estas exigências e garantias, demonstra-se pouco isonômica. Os direitos de ambas as partes certamente não estão equilibrados, sendo que a função social ou a boa-fé que devem estar presentes em uma relação contratual, diante do exemplo descrito, são totalmente esquecidas.

Como em todas as esferas profissionais, também nas atividades de fomento mercantil existem agentes não confiáveis que se utilizam deste instituto – trabalham mascarados como empresas de *factoring* – para praticarem agiotagem, induzindo pessoas a erro para obterem vantagens ilícitas.

A referida indefinição existente sobre os limites da atividade de fomento mercantil faz com que surjam estes “praticantes de falcatriuas”, através do comércio especulativos de empréstimos informais, cobrando juros excessivos e auferindo lucros exorbitantes. Os empresários com sérias dificuldades financeiras aceitam se submeter a estas situações objetivando a melhora nos seus negócios.

O *factoring* sério, que é apresentado no campo teórico pela Anfac, com a

gama de serviços que pode prestar, auxiliando no gerenciamento e alavancagem da empresa, aumentando o ativo e reduzindo o endividamento, é o *factoring* que deve ser praticado, pois este é sem dúvida uma moderna forma de contrato, eficiente e menos burocrático, o qual trará inúmeros benefícios não só para os agentes contratantes, mas também para o sistema econômico e social brasileiro, destacando-se que qualquer medida neste sentido deve ser incentivada.

Quanto ao direito de regresso, o *factor* deve ser obrigado a garantir o faturizado contra a insolvência do devedor, livrando aquele das nocivas consequências patrimoniais do inadimplemento do sacado. Esta é, certamente, a atividade mais peculiar do *factoring* e a mais desejada pelos empresários que se utilizam desta figura contratual.

O *factoring* deve atender de forma mais flexível e eficaz à necessidades das pequenas e médias empresas, uma vez que é considerado um instrumento de viabilização destas, reclamando, portanto, uma regulamentação própria, a qual certamente trará maior segurança para estas relações contratuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORGES, J. E. **Curso de direito comercial terrestre**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- BULGARELLI, W. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 1991.
- CARMO, E. de S. Endosso sem garantia e “factoring”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, Ano XXVII, nº 71, jul-set/1988.
- Cartilha da ANFAC. São Paulo. Jan. 2003. p. 05. Disponível em: <<http://www.anfac.com.br>> Acesso em: jul. 2003.
- CASTRO, R. A. de O. **Factoring – Seu Reconhecimento Jurídico e sua Importância Econômica**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- CIRCULAR ANFAC – 044/95, às empresas filiadas à Anfac; assunto: cheque. São Paulo, 06/09/95.
- COELHO, F.U. **Curso de direito comercial**. 3. ed. v.III. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COELHO, W. E. O “factoring” e a legislação bancária brasileira. **RDM**, nº 54, Ano XXIII, abril/junho 1984.
- COMPARATO, F. K. Factoring. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, Ano XI, nº 06, 1972.
- DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- DONINI, A. C. **Factoring: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002)**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FILOMENO, J. G. B. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.
- GOMES, O. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LEÃES, L. G. P. de B. A operação de “factoring” como operação mercantil. **RDM** 115, Ano XXXVII, jul-set/1999.
- LEITE, L. L. **Custos das operações de factoring**. Entrevista disponível em: <<http://www.diarionet.com.br>> Acesso em: 12/08/03.
- LEITE, L. L. Factoring – fomento é instrumento anti-recessivo. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 06 dez. 1990.

- LEITE, L. L. **Factoring no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- MARTINS, F. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2000.
- MARTINS, F. **Títulos de crédito**. 1. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MARKUSONS, L.A. **Factoring – Teoria – Prática – Legislação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MONTEIRO, W. de B. **Curso de direito civil**. Direito da Obrigações. 4. vol. ed. Saraiva., 1979.
- MUKAI, T.; COELHO, F. H.; FILHO, *et al.* OLIVEIRA, J. de (Coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 10. ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- REQUIÃO, R. **Curso de direito comercial**. 18. ed. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SÁ, G. I. F. da C. e. O “factoring” e a nova Constituição. **RDM**, nº 73, Ano XXVIII, jan-mar/1998.
- RIZZARDO, A. **Factoring**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- SAAVEDRA, J.L. **El contrato de factoring**. Disponível em: <<http://www.comunidad.derecho/dmercantil>> Acesso em: ag. 2003.
- WALD, A. **Curso de direito civil**. vol. II. São Paulo: RT, 1991.
- WALD, A. Regime legal da empresa de *factoring*. **RT** 740, ano 86, jun. 97.